

**التفريق بين الزوجين
بسبب سوء العشرة
دراسة موازنة بين الفقه الإسلامي
والقانون المصري
دكتور/ عاصم أحمد بسيوني حجازي
مدرس الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
جامعة الزقازيق**

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا،
ونبينا محمد الأمين، وبعد،
فما أنعم الله تعالى به على عباده أن أنزل عليهم شرائعه على لسان رسله
صلى الله عليهم وسلم ترتيبا للمعاملات بينهم، وقطعا لأسباب النزاع، وحله إن وجد.
وشرائعه سبحانه وتعالى جامعة لكل نواحي المعاملات البشرية على نطاق
الفرد، والأسرة، والمجتمع، والدولة، والأمة، وهذه من أجل نعمه سبحانه وتعالى على
عباده؛ لأن الشرع الإلهي له عظمة في القلب، وإذعان في الجوارح؛ لما له من صفة
القدسية المستمدة من عظمة المشرع سبحانه، وتعالى.
ومن جوانب الشريعة الغراء ما شرعه الله لعباده في شؤون تنظيم العلاقة بين
الزوجين من لحظة التفكير في بنائها، وحتى انتهائها سواء كان جبريا بالموت، أو
اختياريا بالفرقة.
وهذا الجانب الشرعي الذي اصطلح حديثا على تسميته بالأحوال الشخصية
احتفظ باستمداده الشرعي على مر العصور؛ ولعل غيره من القوانين تعود إلى
الاستمداد الشرعي على المدى القريب إن شاء الله تعالى.
ونظرا لهذا الاستمداد الشرعي فإن المجالس النيابية، والحكومات إذا كانت
بصدد البحث عن تجديد النصوص القانونية الخاصة بالأحوال الشخصية فإنها تعهد إلى
رجال الشريعة للبحث، والتمحيص فيما سبق، والنظر فيما يستحسن تجديده، أو حذفه،
أو تعديله.

وقد صادف الوقت الحالي رغبة لدى الحكومة المصرية في تعديل قانون الأحوال الشخصية فأنشئت لجنة في مشيخة الأزهر من ثلثة من العلماء الصالحين، نحسبهم كذلك ولا نركبهم على الله من سائر التخصصات الشرعية، ومن شيوخ العلماء، وشبابهم.

ومن فضل الله سبحانه وتعالى أن كان في هذه اللجنة بعض أصحابي، ومن في طبقتي من خريجي الأزهر الشريف، وبعض شيوخي، ومن في طبقتهم من أساتذتي في هذه الجامعة المنيفة فأردت بالاستعانة بالمولى سبحانه وتعالى لأقدم هذا البحث (التفريق بين الزوجين بسبب سوء العشرة دراسة موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصري) لأضعه بين يدي اللجنة المباركة بإذن الله للنظر فيما بيديه من نتائج وما يتمخض عنه من توصيات.

و سبب اختياري لهذا الموضوع لأضعه بين يدي اللجنة هو ما اعترت القوانين المنظمة لهذه الناحية من ملاحظات أبدأها بعض العلماء، والمحامين، والمستشارين على هذه القوانين فأردت إبداء الجانب الشرعي، وما تكلم الفقهاء فيه، مع موازنته بما نص عليه القانون، وما درج عليه القضاء، عارضا ما يبدو لي من ملاحظات، وما أبداه غيري من اعتراضات مقدما توصيات للجنة المباركة بإذن الله لعلها تجد عندهم قبولا، والله أولا وآخر الهداي إلى سواء السبيل.

والجانب الرئيسي الذي أتناوله بالبحث والاستقصاء في هذا البحث بحوله تعالى وقوته، هو مدى شرعية التطلاق على الزوج، أو بمعنى آخر التفريق بين الزوجين جبرا بحكم القضاء بسبب سوء العشرة هذا من جانب.

ومن جانب آخر أريد أن أضبط ماهية سوء العشرة الذي يتسبب عنه التفريق قضاء، وهل من الممكن وضع ضابط له، وما هو صورته؟ وكل هذا مما يضبط النص القانوني أولا، ويعين القاضي ثانيا ليعرف به ما يستحق أن يكون سببا للتفريق، وما لا يستحق، ومن هو المبطل من المحق.

كما أريد به أن أبحث في الأسباب التي ذكرها الفقهاء سببا للفرقة، ومدى توافق القانون مع ما ذكره الفقهاء من أسباب.

وسلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي لما قاله الفقهاء، وما قرره القانون في هذه المسائل، كما سلكت المنهج التحليلي لهذه النصوص، والموازنة بينها.

والتفريق القضائي بين الزوجين بسبب سوء العشرة في مصر يدخل تحت التطلاق بسبب ضرر سوء العشرة وهذا عندما يكون سوء العشرة من قبل الزوج،

ويدخل تحت التفريق بسبب الشقاق وهذا في الصورة التي تكون فيها الدعوى للإساءة دون وجود إثبات من شهادة، أو إقرار أو غيرها، والخلع وهي الصورة التي تكون الزوجة فيها هي المسيئة للعشرة أو الكارهة لها. ولعرض هذه الجوانب الثلاثة قسمت هذا البحث إلى مطلب تمهيدي، وثلاثة مباحث وخاتمة:

المطلب التمهيدي: في التطبيق القضائي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التطبيق القضائي.

الفرع الثاني: صور التطبيق القضائي للضرر إجمالاً.

المبحث الأول: التطبيق لضرر سوء العشرة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الطلاق لضرر سوء العشرة.

المطلب الثاني: الطلاق لضرر سوء العشرة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الطلاق لضرر سوء العشرة في القانون، والموازنة بين

الفقه الإسلامي، والقانون.

المبحث الثاني: التطبيق للضرر بحكم الحكيم في الشقاق، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشقاق.

المطلب الثاني: حكم الحكيم في الشقاق في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: التطبيق للضرر بحكم الحكيم في الشقاق في القانون،

والموازنة بين الفقه الإسلامي، والقانون.

المبحث الثالث التفريق بالخلع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الخلع.

المطلب الثاني: التفريق بالخلع في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: التفريق بالخلع في القانون، والموازنة بينه وبين الفقه.

خاتمة: وتشمل أهم النتائج، والتوصيات.

والله أسأل أن يوفقني إلى حسن العلم، والعمل، وأن ينفع بهذا البحث، وأن يجعله في ميزان حسنات قارئه، ومصنفه، إنه بكل جميل كفي، وهو حسبي، ونعم الوكيل.

المطلب التمهيدي

تعريف التطلاق القضائي.

الطلاق والتطلاق هو الفرقة بين الزوجين، والأصل فيه أنه يكون بيد الزوج، إلا هناك حالات تقتضي أن يتم التطلاق قضاء جبرا على الزوج، ومن هذه الحالات سوء العشرة موضوع هذا البحث.

ولبيان معنى التطلاق قضاء حتى نكون على بصيرة من موضع البحث في التفريق قضاء عقدت هذا المطلب التمهيدي في فرعين:

الفرع الأول: تعريف التطلاق القضائي.

الفرع الثاني: صور التطلاق القضائي للضرر إجمالا.

الفرع الأول: تعريف التطلاق القضائي.

الطلاق لغة:

الطلاق، والتطلاق كالتسليم، والتسليم هو: رفع القيد، وإرساله فالطالق من الإبل: التي طُفقت في المرعى، وقيل: هي التي لا قيد عليها، وكذلك الخلية. وسمي حل قيد النكاح عن الزوجة طلاقا لمعنيين: أحدهما حلُّ عُقدة النكاح، والآخرُ بمعنى التخليّة والإرسال. (١)

واصطلاحا: اختلفت ألفاظ الفقهاء في تعريف الطلاق وإن كانت كلها تدور حول

حل قيد النكاح بين الزوجين:

فعرفه الشيخ محمد البابرتي من الحنفية بأنه: عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة. (٢)

وعرفه الشيخ علي أبو الحسن المالكي من المالكية بأنه: حلُّ العصمة المنعقدة بين الزوجين. (٣)

(١) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور، ١٠/٢٢٦، ط دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤ هـ.

(٢) العناية شرح الهداية، الإمام محمد بن محمد البابرتي، ٣/٤٦٣، ط دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ.

(٣) كفاية الطالب الرباني وعليه حاشية العدوي، الكفاية للشيخ علي أبو الحسن المالكي، والحاشية للشيخ علي الصعيدي العدوي، بدون طبعة، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤.

وعرفه الشيخ الخطيب الشربيني من الشافعية بأنه: **حُلُّ عَقْدِ النِّكَاحِ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهِ**. (١)

وعرفه الإمام موفق الدين بن قدامة من الحنابلة بأنه: **حُلُّ قَيْدِ النِّكَاحِ**. (٢)
ومما سبق يمكن تعريف الطلاق بأنه:

فرقة بين الزوجين بلفظ الطلاق، أو ما يقوم مقامه.

والطلاق الأصل فيه أنه يكون من الزوج ما دام أهلاً لإيقاعه؛ لأنه من بيده عقدة النكاح، إلا أن هناك حالات يكون فيها الطلاق قضاء بمعنى إصداره من القاضي، ولو لم يرض الزوج؛ كما لو فُقد الزوج، أو كان به عيب يمنع من حقوق النكاح كالجب، والعنة، أو أعسر الزوج بنفقة زوجته على الخلاف في ذلك؛ فإذا رفعت الزوجة الأمر إلى القضاء طالبة الطلاق، وثبت ما ادعته فإن القاضي يطلقها من الزوج.

ومما سبق يمكن تعريف التطلق القضائي للضرر بأنه: **تفريق القاضي بين**

الزوجين بطلب الزوجة لضرر واقع عليها.

وقد كانت حالات التطلق القضائي للضرر خمس وذلك في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والمعدل بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، إلا أن هناك حالة أضيفت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وهي التفريق بالخلع، وهذه هي حالات التطلق قضاء للضرر، وفي الفرع الثاني عرض لهذه الحالات على سبيل الإجمال، ليحسن بعدها الحديث عن التفريق القضائي للضرر سوء العشرة تفصيلاً.

الفرع الثاني: صور التطلق القضائي للضرر إجمالاً.

علمنا مما سبق أن الطلاق قد يكون من الزوج وهو الأصل، وقد يكون من القاضي بناء على طلب الزوجة. والزوج له حق الطلاق في أي حال ما دام أهلاً لإيقاعه، أما القاضي فلا يطلق الزوجة بناء على طلبها إلا في حالات محددة. وهذه الحالات التي يمكن للقاضي فيها تطلق الزوجة بناء على طلبها تختلف فيها الفقهاء، فالسادة الحنفية لا يطلقون الزوجة قضاء إلا بسبب العيب الذي يمنع من

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني وألفاظ المنهاج، ٤/ ٤٥٥، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.

(٢) المغني، للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ٧/ ٣٦٣، ط مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.

الاستمتاع بالنكاح كالعيوب التناسلية، أما غير الحنفية فتوسعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي وأكثر المذاهب في ذلك المالكية، والحنابلة، على ما يأتي بإذن الله تعالى. والقانون المصري وسع في الحالات التي يحق فيها للمرأة طلب الطلاق استنادا إلى هذه المذاهب، وفيما يلي بيان لهذه المواضيع إجمالاً.^(١)

الحالة الأولى: التطلق لعدم الإنفاق:

اختلف الفقهاء في التفريق بسبب الإعسار، فبينما لا يجعله سببا للتفريق السادة الحنفية، والظاهرية، فإن بقية المذاهب تثبت كونه سببا للتفريق، مع خلاف بينهم هل يكون طلاقاً بائناً بينونة صغرى إن لم يكن مكملاً للثلاث، أم يكون طلاقاً رجعياً يثبت للزوج حق الرجعة إن أيسر بالنفقة في العدة. وأخذ القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥ والمعدل بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بقول التفريق بسبب الإعسار بالنفقة، وإن كان سبب الإعسار سجن الزوج، وأوقع هذا التفريق طلاقاً رجعياً تعود المطلقة لزوجها بزوال السبب إن كان الزوال في العدة وهو رأي السادة المالكية.^(٢)

الحالة الثانية: التطلق بالغيب:

العيوب التي يطلق بها القاضي هي العيوب التي تذهب بالمقصود من النكاح، وتمنع كمال الاستمتاع؛ كما إذا كان هناك عيب في الأجهزة التناسلية يمنع تمام الاستمتاع، أو أن هناك مرضاً مستحكماً لا يرجى برؤه، وتتضرر الزوجة بالبقاء مع الزوج وبه هذا المرض، وكذا الزوج إن كان العيب في الزوجة.

(١) أنظر: ٧/ ١٨٥. الأحوال الشخصية، د: محمد أبو زهرة، ص ٣٢٨، ط دار الفكر العربي ٢٠٠٥. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د عبد الوهاب خلاف، ص ١٦٥، ط مكتبة دار الكتب المصرية، بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٥٧هـ، ١٩٣٨م. البداية في النكاح وإنهائه، د: عاصم أحمد بسيوني حجازي، ص ١٨٦، طبعة خاصة بالمؤلف، بدون طبعة، وتاريخ.

(٢) أنظر: العناية، ٤/ ٣٨٩. المدونة، للإمام مالك بن أنس، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤م. ٢/ ١٧٨، ١٨٠. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ٥/ ٩٨، ط دار الفكر، بيروت، ١٤١٠، ١٩٩٠م. المغني، ٨/ ٢٠٦. المحلى بالآثار، للإمام أبي محمد بن حزم، ٩/ ٢٥٤، ط دار الفكر بيروت، بدون طبعة، وتاريخ. البداية في النكاح وإنهائه، ١١٦.

وقد اختلف الفقهاء في هذه العيوب، وما يفسخ منها، وما لا يفسخ، وهل تكون الفرقة فسحا أم طلاقا، وكما أثبتوا هذا الحق للمرأة أثبتوه للرجل أيضا فله فسخ النكاح إن وجد عيبا، ويترتب عليه ما يترتب على الفسخ قبل الدخول، وبعده. (١)

وقد أخذ القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥ والمعدل بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بمذهب من قال بالتفريق بالعيب.

الحالة الثالثة: التطلاق لضرر سوء العشرة والتطلاق للشقاق:

ذهب القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥ والمعدل بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، كأن ادعت عليه أنه يضربها ضربا مبرحا، أو أنه يسبها، أو يكرهها على محرم، وطلبت من القاضي تطليقها منه بناء على هذا الضرر، فإذا ثبت الضرر الذي ادعته سواء كان ثبوته بإقرار الزوج، أو بينة الزوجة وكان من أنواع الضرر الذي لا تستطيع معه العشرة بين أمثالها، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها منه. (٢)

والقانون في هذه الحالة قد أخذ بمذهب المالكية في المسألة، وهو ما سيتم بحثه بالتفصيل في هذا البحث بإذن الله تعالى.

وكما يكون الطلاق للضرر إذا أثبتت الزوجة الضرر الواقع عليها، يكون التطلاق إذا وقع الشقاق بين الزوجين إلى أن وصل الأمر إلى رفع الأمر للقضاء، فيطلق القاضي بعد أن يبعث حكيمين يبحثان في الطرف المسيء للعشرة، وبناء على ما توصلوا إليه يكون الحكم على النحو الذي أبحثه في هذا البحث بإذن الله تعالى.

(١) أنظر: بدائع الصنائع، للإمام الكاساني الحنفي، ٢/ ٣٢٢، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، ٣/ ٤٨٣، ط دار الفكر، ١٤١٢ هـ، ١٩٩٢ م. أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زكريا بن محمد الأنصاري، ٣/ ١٧٥، ط دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وتاريخ. المغني، ٧/ ١٨٥. د أبو زهرة، ٣٥٨.

(٢) أنظر: أحكام الأحوال الشخصية، ١٦٩. وفي هذا البحث بإذنه تعالى تفصيل دقيق لمذاهب الفقهاء في المسألة.

الحالتان الرابعة والخامسة: التطلاق لغيبة الزوج، وحبسه:

إذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب الطلاق كما أنه إذا كان غائبا بسبب صدور حكم عليه لمدة ثلاث سنين فأكثر جاز للزوجة طلب الطلاق أيضا وذلك بناء على الخطوات التي حددها قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

والقانون في هذا الباب أخذ بمذهب الإمامين مالك، وأحمد في جواز التطلاق لهذا السبب لأن غياب الزوج قد يؤدي بالمرأة إلى الوقوع في الحرام، فكان فتح الباب لرجوعها إلى القضاء لدفع هذا الضرر عنها جائز عندهما. والإمام أحمد جعل المدة التي تنتظرها المرأة ستة أشهر، واختلف قول المالكية بين ثلاث سنوات، وبين سنة، وهو ما أخذ به القانون.

والمالكية لم يشترطوا وجود العذر فلها الحق في طلب التفريق وإن لم يكن عذر، واشترط العذر السادة الحنابلة، والعذر عندهم كسفر لتجارة، أو طلب علم، أو رحلة علاجية، ونحو ذلك.

وقاس القانون الحبس على السفر. (١)

الحالة السادسة: التفريق بالخلع:

وهذه هي الحالة المضافة بقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م، ولم يكن الخلع معمولا به في مصر إلا تحت مظلة التفريق بسبب الشقاق إن بان أن الضرر من قبل المرأة، إلا أنه أضيف بالقانون سابق الذكر.

والقانون المذكور أثار عاصفة من الانتقادات في مصر، وما زال إلى الآن محل انتقاد، وهو من المباحث الرئيسية في هذا البحث سأتناوله بالتفصيل بإذن الله تعالى.

(١) أنظر: منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن عيش، ٤/ ٢٠٥، ط دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩ هـ، ١٩٨٩م. الفروع، للإمام ابن مفلح الحنبلي، ٥/ ٣٢٢، ط مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣م. د أبو زهرة، ٣٦٧.

المبحث الأول

التطبيق لضرر سوء العشرة.

وهذا السبب هو أول ما جعله القانون مناطا للحكم بالتفريق بين الزوجين، ولبيان هذا السبب كما ورد به الشرع، وفصل أحكامه الفقه الإسلامي، وما أخذ به القانون، ومدى المطابقة بينهما عقدت هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الطلاق لضرر سوء العشرة.

المطلب الثاني: الطلاق لضرر سوء العشرة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الطلاق لضرر سوء العشرة في القانون، والموازنة بين الفقه

الإسلامي، والقانون.

المطلب الأول: تعريف الطلاق لضرر سوء العشرة.

الطلاق لضرر سوء العشرة يتكون من مفردتين؛ الطلاق، والضرر؛ أما الطلاق فقد سبق تعريفه،^(١) ويتبقى تعريف الضرر وهو موضوع هذا المطلب.

الضرر في اللغة مصدر ضَرَّ.

والضُرُّ: ضِدُّ النَّفْعِ: والضَّرُّ: الهُزَالُ وسُوءُ الحَالِ، والضَّرَرُ: النُّقْصَانُ، تَقُولُ: دَخَلَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي مَالِهِ، أَي نَقَصَ. وَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ سُوءِ حَالٍ، وَفَقْرٍ فِي بَدَنِ، فَهُوَ ضَرٌّ وَمَا كَانَ ضِدًّا لِلنَّفْعِ فَهُوَ ضَرٌّ.

وضره، وألحق به ضررا: ألحق به مكروها أو أذى.^(٢)

فالمعنى اللغوي في اللغة للضرر يدور بين الشيء غير النافع أو المؤذي (الضار) أو إلحاق الضرر بالغير أي الأذى، أو المكروه، وما من شأنه أن يدخل النقصان على الإنسان فهو ضرر.

(١) أنظر ص ٥ من هذا البحث.

(٢) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور، ٤/ ٤٨٢، ط دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤ هـ. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرى الهروي، ١١/ ٣١٤، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م. معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلجعي، ٢٨٣، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ١/ ٥٣٧، ط دار الدعوة.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للفقهاء في الضرر عن المعنى اللغوي، فالضرر هنا هو ما يلحقه الزوج بالزوجة من الأذى، والمكروه، والنقص في حقوق الزوجية.

ومما سبق يمكن تعريف التطلق لضرر سوء العشرة بأنه : التفريق بين الزوجين بسبب ضرر سوء العشرة الحاصل من الزوج تجاه زوجته بغير حق. فهو تفريق بين الزوجين: لأن الطلاق هنا يقع جبرا على الزوج، وإن لم يرض به على ما سأوضح إن شاء الله تعالى.

وسببه ضرر سوء العشرة من الزوج تجاه زوجته: فالضرر إذا كان من قبل الزوجة فليس للطلاق للضرر هنا مدخل بل الأمر للزوج على ما أعطاه الله من حق التأديب، والطلاق إن شاء.

وإنما قيدت بضرر سوء العشرة لأن هناك أضرارا أخرى قد تلحق الزوجة من الزوج إلا أنه ليس من قبيل سوء العشرة؛ كالضرر الحاصل بغيبوبة الزوج، وحبسه، وإعساره بالنفقة، والعيب الذي يمنع المرأة من الحصول على حقها الشرعي كالغنة، فهذه، وإن كانت أضرارا إلا أن أحكامها لا تدخل تحت هذا الباب، وهي أضرار تبيح للقاضي التفريق بين الزوجين عند طلب الزوجة، ومع مراعاة الخلاف بين الفقهاء في التفريق بها، على النحو السابق إجماله في المطالب التمهيدي.

وإنما تم تقييد التعريف بكونه بغير حق: لأن الضرر قد يكون بحق فيكون ضررا لغة من حيث كونه مكروها للمرأة، وإن كان غير ضرر شرعا لكونه مشروعا؛ كما لو نشزت الزوجة فأدبها زوجها بهجرها في الفراش، فالهجر في الفراش ضرر بالمراة، ولكنه ليس ضررا شرعا؛ لأنه مشروع للزوج لتأديب الزوجة وإصلاحها.

وما سبق من تعريف للضرر هو المستقى من كلام فقهاء المالكية عن الضرر: قال الشيخ ابن فرحون: وإذا فعل الزوج بزوجه ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريرا يخاف عليها منه إذا اقتضت منه، فإنها تطلق عليه. (1)

(1) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الشيخ: إبراهيم بن علي بن فرحون، ٢/ ١٩٦، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

وقال الشيخ الدردير عن الضرر المجيز للتطليق: وَهُوَ مَا لَأَ يَجُوزُ شَرْعًا كَهَجْرَهَا بِلَا مُوجِبٍ شَرْعِيٍّ وَضَرْبِهَا كَذَلِكَ. (١)
فقوله بلا موجب شرعي يجعل الضرر بموجب شرعي كالهجر للنشوز ليس من الضرر.

وسياتي إن شاء الله حد الضرر من حيث الضابط، والماهية، والصور.

تعريف الطلاق لضرر سوء العشرة في القانون:

إذا كان القانون لم يعرف التطليق للضرر إلا أنه عرف الضرر بوضع قاعدة عامة للضرر الذي يبيح طلب الزوجة الطلاق وهو "إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها"

وهو المذكور في المادة السادسة من رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، تحت عنوان الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر. وقد نسجت أحكام محكمة النقض بناء على هذا المعيار فقررت أن "أن الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالقول، أو بالفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما" (٢)

ونصت أحكام المحكمة أيضا على ما سبق ذكره من كون التطليق للضرر إنما يكون إذا كان الإيذاء من قبل الزوج تجاه زوجته لا العكس فقد قررت أن "النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يدل على أن الشارع أوجب لكي يحكم القاضي بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج دون الزوجة، وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة" (٣)

والخلاصة أن القانون متوافق مع مصطلح السادة المالكية في التطليق للضرر، واختصاصه بضرر سوء العشرة.

(١) الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، وحاشية الدسوقي للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ٢/ ٣٤٥، ط دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ.

(٢) الطعن رقم ٩ لسنة ٧٠ جلسة ٢٠٠٢/٠٧/٠٦ س ٥٣ ع ٢ ص ٩٣٣ ق ١٨١.

(٣) لطنع رقم ٨٥ لسنة ٦٦ جلسة ٢٠٠١/٠٢/١٠ س ٥٢ ع ١ ص ٢٨٨ ق ٦٠.

المطلب الثاني: الطلاق لضرر سوء العشرة في الفقه الإسلامي.

تبين في ما سبق أن التطلق للضرر هو طلاق يوقعه القاضي إذا ثبت أن الزوج قد أضر بزوجته.

وليعلم أن التفريق بين الزوجين بسبب الضرر الواقع من الزوج على الزوجة قد تحدث عنه الفقهاء في صورتين:

الصورة الأولى: طلب الزوجة الطلاق قضاء بسبب ضرر سوء العشرة الواقع عليها من الزوج.

الصورة الثانية: الطلاق المحكوم به من الحكمن للشقاق بين الزوجين.

وتختلف الصورة الأولى عن الثانية في أن الأولى لا تكون عن شقاق تسوء فيها العشرة بين الزوجين، ويختلط فيها الأمر، مما يستدعي بعث الحكمن مما سيتم بيانه لاحقاً بحول الله تعالى.

فالصورة الأولى تدعي الزوجة ضرر سوء العشرة، وترفع الأمر إلى القضاء مباشرة وتثبت الضرر عند القاضي، فيقوم بالحكم لها بالطلاق مباشرة دون إرسال حكمن، بل ودون محاولة الإصلاح بين الزوجين على خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى، وهو هنا يختلف مع الطلاق للشقاق حيث يرسل الحكمن من أجل الإصلاح.

ومشروعية هذا الأمر دون بعث الحكمن فيه خلاف بين الفقهاء وهو ما سآبينه في هذا المطلب بحول الله تعالى، وليبيان هذا الأمر قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تحرير محل النزاع، وسبب الخلاف.

الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في المسألة.

الفرع الثالث: أدلة المالكية على مذهبهم.

الفرع الرابع: الضرر المبيح لطلب التطلق في المذهب المالكي.

الفرع الأول: تحرير محل النزاع وسبب الخلاف.

صورة المسألة:

صورة هذه المسألة أن يتعدى الرجل، ويضر بزوجته فترفع الأمر للقضاء طالبة الطلاق ومثبتة وقوع الضرر عليها، فهل يكون للقاضي جبر الزوج على الطلاق أم لا؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على وجوب أن تكون المعاشرة بين الزوجين بالمعروف، واتفقوا على حرمة نشوز الزوجة على زوجها، وحرمة ضرر الزوج بزوجته، وأن فاعل هذا آثم وأنه يجب أن يتوب إلى الله ويكف عما يفعله.

واختلفوا في أحقية المرأة في طلب الطلاق من الرجل، وإيجابتها له بسبب ضرر سوء العشرة برفع ذلك إلى القضاء، وإثبات الضرر الحادث لها، فمنهم من أجاز مطلقاً، وهم السادة المالكية في قول، ومنهم من لم يجزه مطلقاً وهم سائر الفقهاء غير المالكية، ومنهم من شرطه باشتراط الزوج ذلك لها وهم السادة المالكية في قول آخر. ومعنى اشتراط الزوج لها، أن يشترط لها أنه متى أضر بها فإن لها الحق في تطليق نفسها، فإذا أضر بها واختارت الطلاق، فإنها تطلق نفسها منه فكأنه تفويض الطلاق للزوجة مشروط بحالة الإضرار، أو طلاق معلق على حالة الإضرار بشرط إمضاء الزوجة له.

وهذا المذهب كالجمهور في عدم إثبات الطلاق بالضرر؛ لأنه في هذه الصورة إنما يثبت وقوع الشرط بإمضاء الزوجة له لا وقوع الطلاق بالضرر. وإنما تعرضوا لجانب المرأة إذا أصابها الضرر، ولم يتعرضوا للرجل إذا نشزت عليه زوجته؛ لأن الزوج يمكنه رفع الضرر عن نفسه بما شرعه الله له من التأديب، فإذا أراد الطلاق فالأمر له بخلاف المرأة.

فإن قيل لم لا تخالع الزوجة إذا بدلا من اللجوء إلى التطليق للضرر؟

كانت الإجابة أن الخلع إنما يكون عند عدم مضارة الزوج لزوجته قال تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) أي أن الله نفي الجناح أي الإثم عن الرجل في أخذه مالا من المرأة لتفتدي به نفسها بشرط الخوف من عدم إقامة حدود الله، وهي الحقوق الزوجية لا أن يكون ذلك عن مضارة الزوج للمرأة حتى تفتدي نفسها منه، بل إن جمهور الفقهاء قرروا بطلان الخلع القائم على مضارة الزوجة حتى تفتدي نفسها؛ لقوله تعالى ﴿وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا

(١) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٢.

آتَيْتُمُوهُنَّ^(١) ومن قال منهم بصحته قال: يصح مع الإثم، وهو ما سيأتي بالتفصيل بحول الله تعالى عند الحديث عن الخلع.

وبناء على ما سبق قيل بالتطبيق للضرر حتى يفرق بين الزوجين، وتأخذ الزوجة حقوقها كاملة، ما دام الزوج هو المعتدي.
سبب الخلاف في المسألة:

يعود سبب الخلاف إلى أن الإصلاح بين الزوجين من الممكن تحصيله بغير طريق الطلاق من خلال النصح، والتوجيه، وعقوبة الزوج على ما يفعله من ضرر لزوجته مما يقتضي القصاص من خلال الرفع إلى القضاء، وعلى هذا كان رأي الجمهور غير المالكية، فإذا فشلت محاولات الصلح يكون التحكيم للشقاق على ما يأتي بحوله تعالى.

بينما رأى السادة المالكية أن الحياة لا يمكن أن تستمر مع وجود الظلم، وأن الضرر يجب رفعه، فإذا اختارت الزوجة التطلق للضرر، وأثبتته تجب إجابتها، وإذا اختارت البقاء فلها ذلك مع دفع الاعتداء عنها.

والخلاصة أن الفريقين اتفقا على أن الضرر يجب رفعه، فرأى الجمهور أن الرفع يكون بغير التفريق بين الزوجين، بينما رأى المالكية أنه يكون رفعاً للضرر إذا طلبت المرأة الطلاق، وأثبتت الضرر.

الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في المسألة.

المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية إلى أنه لا يجوز للقاضي تطلق الزوجة إذا ثبت أنه يضارها، بل يمنعه من الإضرار، ويعاقبه على ضرره بزوجه إن استحق العقوبة، فإن كف، وإلا أرسل الحكيم.^(٢)

وسأنقل بعض النصوص لبيان مذاهب الفقهاء غير المالكية في هذه المسألة:

(١) سورة النساء، جزء من الآية ١٩.

(٢) أحكام القرآن، للإمام أبي بكر بن علي الرازي الجصاص، ٢/ ٢٧١، ط دار الفكر، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٣ م. روضة الطالبين، وعمدة المفتين للإمام يحيى بن شرف النووي، ٧/ ٣٧٠، ط المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ، ١٩٩١ م. المغني، ٧/ ٣٢١، المحلى، ٩/ ٢٤٦.

أولاً: عند السادة الحنفية:

قال الإمام أبو بكر الجصاص: لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما، ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكيم.^(١)

ثانياً: عند السادة الشافعية:

قال الإمام النووي في روضة الطالبين: الْحَالُ الثَّانِي: أَنْ يَتَعَدَّى الرَّجُلُ، فَيَنْظُرُ، إِنْ مَنَعَهَا حَقًّا كَنَفَقَةٍ أَوْ قَسَمٍ، أَلْزَمَهُ الْحَاكِمُ تَوْفِيَةَ حَقِّهَا. وَلَوْ كَانَ يَسِيءُ خُلُقَهُ وَيُؤْذِيهَا وَيَضْرِبُهَا بِلَا سَبَبٍ، فَفِي «التَّمَتَّةِ» أَنَّ الْحَاكِمَ يَنْهَاهُ. فَإِنْ عَادَ، عَزَّرَهُ.^(٢) وَفِي «السَّامِلِ» وَغَيْرِهِ، أَنَّهُ يُسْكِنُهُمَا بَجَنْبِ ثِقَّةٍ يَنْظُرُهُمَا، وَيَمْنَعُهُ مِنَ التَّعَدِّيِّ، وَالنَّفْقَانِ مُتَقَارِبَانِ. وَإِنْ كَانَ لَا يَمْنَعُهَا حَقًّا، وَلَا يُؤْذِيهَا بِضَرْبٍ وَنَحْوِهِ، لَكِنْ يَكْرَهُ صُحْبَتَهَا لِمَرَضٍ أَوْ كِبَرٍ، وَلَا يَدْعُوهَا إِلَى فِرَاشِهِ، أَوْ يَهْمُ بِطَلَّاقِهَا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَيَسْتَحَبُّ لَهَا أَنْ تَسْتَرْضِيَهُ بِتَرَكَ بَعْضِ حَقِّهَا مِنْ قَسَمٍ أَوْ نَفَقَةٍ، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ هِيَ تَشْكُوهُ، وَتَكْرَهُ صُحْبَتَهُ، فَيَحْسُنُ أَنْ يَبْرَهَا وَيَسْتَمِيلَ قَلْبَهَا بِمَا تَيْسَّرُ لَهُ. أَوْ هُوَ بِتَصْرِفٍ يَسِيرٍ.^(٣)

ثالثاً: عند السادة الحنابلة:

قال الإمام ابن قدامة في المغني إن الزوجين "إِذَا وَقَعَ بَيْنَهُمَا شِقَاقٌ، نَظَرَ الْحَاكِمُ فَإِنْ بَانَ لَهُ أَنَّهُ مِنَ الْمَرْأَةِ، فَهُوَ نَشُوزٌ، قَدْ مَضَى حُكْمُهُ،^(٤) وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ مِنَ الرَّجُلِ أَسْكَنَهُمَا إِلَى جَانِبِ ثِقَّةٍ، يَمْنَعُهُ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهَا، وَالتَّعَدِّيِّ عَلَيْهَا. وَكَذَلِكَ إِنْ بَانَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعَدُّ، أَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْآخَرَ ظَلَمَهُ، أَسْكَنَهُمَا إِلَى جَانِبِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِمَا وَيَلْزِمُهُمَا الْإِنصَافَ"^(٥)

رابعاً: عند السادة الظاهرية:

قال الإمام ابن حزم الظاهري: وَإِذَا شَجَرَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ: بَعَثَ الْحَاكِمُ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا عَنْ حَالِ الظَّالِمِ مِنْهُمَا، وَيَنْهِيهَا إِلَى الْحَاكِمِ مَا وَقَفَا عَلَيْهِ

(١) أحكام القرآن، للجصاص، ٢/ ٢٧١.

(٢) التعزير: عقوبة على ذنب لا حد فيه موكول قدرها إلى الإمام. وأصله من العزر بمعنى الرد والردع. انظر:

تبصرة الحكام، ٢/ ٢٨٨. المغني، ٩/ ١٧٦.

(٣) روضة الطالبين، ٧/ ٣٧٠.

(٤) وهو شرحه لقول الخرقى في المختصر: وَإِذَا ظَهَرَ مِنْهَا مَا يَخَافُ مَعَهُ نَشُوزَهَا وَعَظَمَهَا، فَإِنْ أَظْهَرَتْ نَشُوزًا هَجَرَهَا، فَإِنْ أَرَدَعَهَا، وَإِلَّا فَلَهُ أَنْ يَضْرِبَهَا ضَرْبًا لَا يَكُونُ مَبْرَحًا. انظر: المغني، ٧/ ٣١٨.

(٥) المغني، ٧/ ٣٢١.

مِنْ ذَلِكَ لِيَأْخُذَ الْحَقَّ مِمَّنْ هُوَ قَبْلَهُ، وَيَأْخُذَ عَلَى يَدَيِ الظَّالِمِ، وَلَيْسَ لَهُمَا أَنْ يُفَرِّقَا بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، لَأَ بِخُلْعٍ، وَلَا بِغَيْرِهِ. (١)

ومما سبق من النصوص من الممكن تلخيص مذهب جمهور الفقهاء في حل مشكلة إيذاء الزوج لزوجته من خلال الآتي:

- (١) السادة الفقهاء غير المالكية، لم يذهبوا إلى أنه يجوز المرأة طلب التظليل للضرر بطريق الرفع إلى الحاكم من غير طريق التحكيم، وليس للحاكم أن يطلق.
- (٢) سبب هذا الحكم أن رفع الضرر عن المرأة ممكن من غير طريق التظليل، وذلك من خلال إجبار الزوج على عدم الإضرار قضاء، وتعزيزه على إيذاء زوجه.
- (٣) أنه إذا فشلت محاولات الإصلاح فإن الحاكم يذهب إلى طريق التحكيم ببعث حكم من أهله، وحكم من أهلها على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

المذهب الثاني:

ذهب السادة المالكية في القول المشهور عندهم إلى أن الزوجة إذا ضارها زوجها فإما أن ترض به أو لا، فإن رضيت به فلها ذلك، وإن لم ترض به فلها أن تطلب التظليل للضرر، ويجيبها الحاكم لذلك إذا أثبتت الضرر، سواء شرط لها الزوج ذلك لها أم لا، فإن لم تثبت الضرر وتكررت شكاؤها حاول الإصلاح فإن استمرت الشكوى بعث الحكيم. (٢)

وهاك بعض نصوص فقهاء المالكية في ذلك:

(١) قَالَ الْإِمَامُ مَالِكٌ: مَنْ يُرِيدُ الْعِبَادَةَ أَوْ تَرَكَ الْجَمَاعَ لِغَيْرِ ضَرَرٍ وَلَا عِلَّةٍ قَالَتْ لَهُ إِمَّا وَطَّئْتُ أَوْ طَلَّقْتُ. (٣)

(١) المحلى، ٢٤٦/٩.

(٢) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشيبيري بابن رشد الجد، ٣٠٧/٩، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م. التاج والإكليل لمختصر خليل، الشيخ: محمد بن يوسف المواق، ٥/٢٦٥، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ، ١٩٩٦ م. بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير) لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، ٥١٢/٢، ط دار المعارف بدون طبعة وتاريخ. شرح الزرقاني على مختصر خليل، للشيخ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، ٤/١٠٩، ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠٢ م.

(٣) التاج والإكليل، ٥/٢٦٥.

(٢) قال الإمام اللخمي: والنكاح يتضمن حقوقاً للزوجة وهي: الإصابة، والنفقة والكسوة وحسن العشرة، ولها أن تقوم بالفراق إذا لم يوف بأحد هذه الوجوه بعد الإعذار إليه إذا كان ممن يرجى ذلك منه، وإذا لم يرج طلق عليه إلا أن تكون الزوجة عالمة به حين العقد بعجزه عن الإصابة، أو النفقة، أو الكسوة، فلا يكون لها أن تقوم بالفراق. (١)

(٣) لو حلف بالطلاق البائن أن يضرب زوجه خمسين سوطاً، فإنه لا يضربها وتطلق لعدم الوفاء باليمين على قول الإمام مالك، فإذا ضربها، فإنه يبر يمينه، مع إساءته واستجابته للعقوبة، ولا تطلق عليه إلا في حالة واحدة قال الإمام ابن رشد الجد "ولم تطلق عليه إلا أن يكون بها من الضرر آثار كثيرة مشتهر بمثلها من الحرائر، فتطلق عليه للضرر إذا تبين ذلك وتفاحش" (٢)

(٤) قال الإمام ابن رشد الجد: وأما إذا كان النشوز من قبله ولم ترض ذلك من فعله فالواجب عليه أن يفارقها إلا أن يصطلحا، على الرضا بالأثرة والبقاء معه عليها أو تعطيه على أن لا يطلقها وتبقى معه على الأثرة، أو على ترك الأثرة، وذلك الصلح الذي قال الله عز وجل ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ﴾ (٣)، (٤)

(٥) قال الشيخ الدردير: وَلَهَا التَّطْلِيقُ بِالتَّعَدِّي إِذَا تَبَتَّ وَإِنْ لَمْ يَتَكَرَّرِ التَّعَدِّي مِنْهُ عَلَيْهَا، وَلَيْسَ مِنَ الضَّرَرِ مَنْعُهَا مِنَ الْحَمَامِ وَالنَّزَاهَةِ وَضَرْبُهَا ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرَحٍ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ وَنَحْوِهَا، وَإِنْ أَشْكَلَ الْأَمْرُ - فَلَمْ يَعْلَمْ هَلِ الضَّرَرُ مِنْهَا أَوْ مِنْهُ - بِأَنْ أَدْعَتِ الضَّرَرَ وَتَكَرَّرَتْ شَكْوَاهَا، وَلَمْ تُثَبِّتْ ذَلِكَ أَوْ ادَّعَى كُلُّ مِنْهُمَا الضَّرَرَ، وَتَكَرَّرَتْ مِنْهُ الشُّكْوَى وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ، أَسْكَنَهَا الْحَاكِمُ بَيْنَ قَوْمٍ صَالِحِينَ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُمْ؛ لِيُظْهَرَ

(١) التبصرة، للإمام علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي، ٥/ ٢٣٧٣، ط وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر الطبعة: الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.

(٢) البيان والتحصيل والشرح والتعليق لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الجد، ٩/ ٣٠٧، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م.

(٣) سورة النساء، جزء من الآية ١٢٨. ب في

(٤) المقدمات الممهدة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الجد، ١/ ٥٥٦، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م.

لَهُمُ الْحَالُ، فَيُخْبَرُوا الْحَاكِمَ بِذِي الضَّرَرِ، ثُمَّ إِنْ اسْتَمَرَ الْإِشْكَالُ وَالنِّزَاعُ بَعَثَ الْحَاكِمُ حَكَمَيْنِ مِنْ أَهْلِهِمَا. أ هـ بتصرف يسير (١)

(٦) قال الشيخ عيش في شرحه لمختصر خليل: (ولها) أي الزوجة (التطليق) جبراً على الزوج طلاقاً واحدة تبيين بها (ب) سبب (الضرر) من الزوج لها كقطع كلامه عنها وتولية وجهه عنها في الفراش، لا منعها من حمام، وتفرج على قطع الخبيج، والمحمل والكسوة والموكب، أو تأديبها على ترك حق الله تعالى كالصلاة وغسل الجنابة، والتسري والتزوج عليها إن شهدت بيئة بالضرر وتكرره. (٢)

ومما سبق يمكن بيان مذهب المالكية في هذا القول في الآتي:

- (١) للزوجة إن ضارها زوجها طلب التطليق للضرر قضاء.
- (٢) يشترط للتطليق للضرر إثباته بأحد طرق الإثبات.
- (٣) لا يكون التطليق للضرر إلا بطلب الزوجة، فإن رضيت به ولم ترفع الأمر للقضاء فلا طلاق، بل لها أن تصالح الزوج للاستمرار معه مع الضرر (كما لو تنازلت عن المبيت معها مقابل أن لا يطلقها، أو أعطته مالا على ذلك) ولها أيضا أن تصالح على البقاء مع الضرر (كما لو أعطها الزوج مالا على أن تبقى معه مع عدم المبيت معها)

(٤) كلام السادة المتقدمين من المالكية، يتضمن الإعذار إلى الزوج، والإمهال له وأمره برفع الضرر في الصور التي تتحمل ذلك^(٣) قبل الحكم بالطلاق، لا أن يحكم بالطلاق مباشرة بمجرد رفع الأمر إلى القضاء، وإثبات الضرر، كما أثبتته السادة متأخروا المالكية.

(٥) إذا لم يثبت الضرر وتكررت الشكوى حاول الحاكم الإصلاح، فإن استمرت أرسل الحكمين.

والنقطة الخامسة هي الفارق في المسألة بين السادة المالكية، وباقي الفقهاء فالسادة المالكية يثبتون الحق للزوجة في الطلاق مباشرة دون إرسال الحكمين، وإنما

(١) الشرح الكبير مع حاشية الصاوي ، ٥١٢ / ٢ .

(٢) منح الجليل، ٥٥٠ / ٣ .

(٣) انظر كلام الإمام مالك، والإمام اللخمي ص ١٩ في الجمل التي تحتها سطر .

يرسل الحكمان في حالة تكرر الشكوى، وعدم إثبات الضرر من قبل الزوج، أو عدم معرفة المعتدي منهما، أما باقي الفقهاء فلا يثبتون ذلك إلا من خلال التحكيم.

المذهب الثالث:

وهو القول الثاني عند السادة المالكية: إن الزوجة ليس لها أن تطلق نفسها إذا لم يشترط ذلك لها، وحتى تثبت الزوجة تكرر الضرر، فإذا شهد بذلك وجب للسلطان النظر لها ويطلق عليَّه^(١).

تعليق على مذهب المالكية:

بالنظر إلى مذهب السادة المالكية المثبتين للتطبيق للضرر قضاء ألحظ الآتي:
(١) أن المسألة فيها خلاف بين السادة المالكية هل التطبيق للضرر يكون بالاشتراط أم لا.

(٢) أنه حتى لو قلنا بعدم الاشتراط فإن المتقدمين من فقهاء المالكية، ومنهم إمام المذهب، يثبتون الإعذار لا التطبيق مباشرة، ولا شك أن قول المتقدمين مقدم على قول المتأخرين، وبالإعذار يقول جمهور الفقهاء، فيكون المذهب هنا موافقا لمذهب الجمهور، إلا أنه لو فشل الإصلاح وأصرت المرأة على الطلاق طلقت على رأي السادة المالكية، بينما يرى الجمهور إرسال الحكمين، والله أعلم.

(٣) الناظر في مذهب السادة المالكية يرى في بعض نقولهم أنها لا تستقيم إلا بالأخذ بمذهب الاشتراط عندهم، كقول الشيخ الدردير: وَلَهَا التَّطْلِيقُ بِالتَّعَدِّي إِذَا تَبَتَّ وَإِنْ لَمْ يَتَكَرَّرْ التَّعَدِّي مِنْهُ عَلَيْهَا^(٢) فهذا لا يستقيم إلا إذا كان قد شرط لها أنه متى أضر بها طلقت نفسها. وإلا فإن هفوة أو غصبة زوجية لمرة واحدة لا يمكن عقلا، ولا شرعا أن تكون بمفردها مسوغا للفرقة بين الزوجين، ولذلك شرط الشيخ عيش في الإثبات أن يكون للضرر، ولتكرره،^(٣) وهو المتعين، والله أعلم.

(١) شفاء الغليل في حل مقفل خليل، الشيخ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي، ١/ ٤٩١، ط مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م. التاج، والإكليل، ٥/ ٢٦٥.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الصاوي، ٢/ ٥١٢.

(٣) منح الجليل، ٣/ ٥٥٠.

الفرع الثالث: أدلة فقهاء المالكية على إثبات الطلاق للضرر قضاء بطلب الزوجة

تبين مما سبق في المطلب الثاني أن غير المالكية من الفقهاء لم يثبتوا التطليق للضرر إلا بناء على حكم الحكمين، وأن من أثبت التطليق للضرر قضاء بطلب الزوجة هم السادة المالكية فقط. (١)

ونظرا لما سبق فإن السادة الفقهاء غير المالكية لم يتعرضوا لهذه المسألة بل تعرضوا للمسألة في الطلاق بحكم الحكمين في الشقاق لما سبق من ذكر أقوالهم في أن ضرر الزوج يكون بإرسال الحكمين.

وقد استدلت السادة المالكية على التطليق بالضرر بالكتاب، والسنة:

الدليل من الكتاب:

قول الله تعالى ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (٢) وقوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ (٣)

(١) ذكر الإمام الدكتور محمد أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية أن الحنابلة يشاركون المالكية في إثبات التطليق للضرر قضاء، وبمراجعة كتب الحنابلة تبين أنهم لا يثبتون التفريق للضرر إلا من خلال حكم الحكمين، ولم يثبتوه من خلال الحكم القضائي بناء على طلب الزوجة.

ولعل مراد الدكتور هو ما أثبتته المالكية، والحنابلة من نفاذ حكم الحكمين بالتفريق للضرر، ولو بغير رضا الزوجين، أو أحدهما، وهو ما سنعرض له إن شاء الله في المبحث الآتي، والحنابلة هنا لم يثبتوا التطليق للضرر قضاء بطلب الزوجة، إنما أثبتوا نفاذ حكم الحكمين بالتطليق للضرر إذا رأوا ذلك، ولو بغير رضا الزوجين. وبناء على ما تقدم يتقرر أن التطليق للضرر قضاء بغير طريق التحكيم هو مذهب المالكية فقط، ولم يوافقهم فيه غيرهم من الفقهاء.

وهذا ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث نصت على أن أحكام التطليق للضرر في هذا القانون مستقاة من مذهب الإمام مالك، ولم تذكر أن في مذهب الإمام أحمد ما يؤيد ذلك.

بينما نصت المذكرة الإيضاحية لتعديلات قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن التطليق للضرر " مأخوذ من مذهب الإمام مالك ومثله في مذهب الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنهما، وخالف في هذا المبدأ الإمامان أبو حنيفة والشافعي رضى الله عنهما"

وهذا كما ذكرت مخالف لما عليه مذهب الحنابلة حيث لا يثبتون التطليق إلا من خلال التحكيم.

انظر: المغني، ٧/ ٣٢١. الأحوال الشخصية، الإمام محمد أبو زهرة، ص ٣٦٢.

(٢) سورة النساء، جزء من الآية ١٩.

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٣١.

وجه الدلالة:

أن هاتين الآيتين أصل في مطالبة الزوج بحسن العشرة، ورفع الضرر عن الزوجة، والآية الثانية وإن كانت في المعتدة فإنه مع بقاء الزوجية أكد، ومن حسن العشرة ألا يهجرها ولا يقطع مبيتها عنها، ولا يضربها لغير وجه يوجب ذلك له عليها، ولا يزيد في عقوبتها فوق ما توجهه الجنائية، ولا يدخل عليها من لا تؤمن ناحيته، وإذا أضر بها وترك المبيت، أو هجرها أمر بالانتهاء عن ذلك، فإن انتهى، وإلا طلق عليه. (١)

الدليل من السنة:

ما رواه الإمام أحمد، والإمام ابن ماجه وغيرهما من حديث سيدنا عبد الله بن عباس وسيدنا عبادة بن الصامت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال:

«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (٢)

وجه الدلالة:

أن الرسول صلى الله عليه وسلم نفى حل الإضرار بالغير، وبناء عليه فإذا أضر الزوج بزوجه فإنه يجب رفع هذا الضرر فإن اختارت البقاء زجره الحاكم، وإن اختارت الفراق فإنها تجاب لأنه لو لم يكن للمرأة ذلك لكان كالإجبار لها على احتمال الضرر. (٣)

مناقشة استدلال السادة المالكية:

يمكن مناقشة استدلال السادة المالكية بأن رفع الضرر، واستئناف المعاشرة بالمعروف لا يلزم منه الحكم مباشرة بتطليق الزوج من زوجته، بل يمكن تدارك الأمر من خلال محاولة الإصلاح والتحكيم، على أن الإمام اللخمي، والذي أورد الدليل الأول، ووجه دلالاته قال " وإذا أضر بها وترك المبيت، أو هجرها أمر بالانتهاء عن ذلك، فإن

(١) التبصرة، ٥/ ٢٣٧٤.

(٢) رواه الإمام ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، عن السيين عبادة بن الصامت رقم ٢٣٤٠، وعبد الله بن عباس رقم ٢٣٤١. ورواه الإمام أحمد في مسنده رقم ٢٨٦٥ مسند سيدنا عبد الله بن عباس.

والحديث صححه الحاكم على شرط مسلم، وحسنه الإمام ابن الصلاح، وهو من الأحاديث التي يدور عليها الفقه. (خلاصة البدر المنير، الإمام سراج الدين بن الملقن، ٢/ ٤٣٨، ط مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٠ هـ، ١٩٨٩ م)

(٣) منح الجليل، ٣/ ٥٥٠. شرح مختصر خليل للخرشي، للشيخ محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، هـ، ط دار الفكر، بدون طبعة، وتاريخ. شرح الزرقاني على مختصر خليل، ٤/ ١٠٩. شفاء الغليل في حل مقل خليل، ١/ ٤٩١.

انتهى، وإطلاق عليه" والأمر بالانتهاء يثبت محاولة الإصلاح قبل الحكم بالطلاق، وهو ما عليه متقدموا المالكية، وهو مذهب الجمهور إلا أنهم إن فشل الإصلاح بينهم أرسلوا للحكمين، بينما ذهب متقدموا السادة المالكية إلى أنه إن فشل إرجاع الزوج عن الضرر فإنه يطلق عليه بطلب الزوجة.

وسياتي إن شاء الله تعالى مذهب الجمهور مفصلاً عند الحديث عن التطبيق للشقاق بحكم الحكمين.

والخلاصة:

السادة المالكية رضوان الله عليهم يثبتون للزوجة حق طلب التطلق للضرر إن أساء الزوج عشرتها، وأثبتت الزوجة ذلك، وأثبت المتقدمون من السادة المالكية رد الزوج عن ظلمه أولاً قبل الحكم بالتطبيق، فإن ردَّ وإلا حكم بالتطبيق عليه بطلب الزوجة، ولم يثبت هذا السادة المتأخرون، ولا شك أن رأي المتقدمين أرجح، وهو الموافق للدليل؛ لأن الشرع متشوف للإصلاح لا الفرقة، فإن تم الإصلاح بدونها فهو أولى، والله أعلى وأعلم.

الفرع الرابع: الضرر المبيح لطلب التطلق في المذهب المالكي.

هذا الفرع من الأهمية بمكان إن لم يكن أهم فروع البحث على الإطلاق؛ وإنما كان هذا الفرع بهذه الأهمية لأنه يبحث عن ماهية هذا الضرر الذي يتيح للزوجة إمكانية رفع الأمر إلى القضاء طالبة التطلق من الزوج.

فتحرير مفهوم الضرر، وضابطه، وصفته مما يتيح للمفتي، والقاضي تحديد ما إذا كان هناك ضرراً يستوجب هذا الإجراء بالفعل أم لا.

كما أن تحديد هذا المفهوم يتيح للحكمين في الشقاق إمكانية تقدير موقف الطرفين من أجل الوصول إلى الحق في المسألة من حيث معرفة المضر، وتحديد المسؤولية الملقاة عليه بسبب ضرره.

سبق ذكر أن السادة المالكية هم القائلون بمفردهم بجواز التطلق لضرر سوء العشرة، والمذهب المالكي هو المعمول به في القانون المصري على ما سيأتي بمشيئة الله تعالى، ولذلك أخص المذهب المالكي بالبيان في مطلب خاص في هذا المبحث وذلك للآتي:

أولاً: أنهم أكثر من تكلموا في هذا الضرر بناء على مذهبهم في التطبيق به قضاء.

ثانياً: تحديد مفهوم المذهب المالكي في الضرر لأنه هو مصدر القانون، والقضاء، ومعيارهما لتحديد الضرر.

ثالثاً: بيان مدى التزام القانون بالمذهب المالكي في حقيقة الضرر، ومعياره.

ولبيان هذا الأمر جلياً قسمت هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: معيار الضرر المبيح لطلب التطبيق.

الغصن الثاني: صور الضرر المبيح لطلب التطبيق.

الغصن الأول: معيار الضرر المبيح لطلب التطبيق.

عرفنا فيما سبق في تعريف الضرر أنه شامل لكل ما هو ضد النفع، وما فيه اعتداء على الآخر، والانتقاص منه.

والضرر بهذه الصورة تتعدد أحواله، وصوره، فهناك الضرر الخفيف، والشديد، والقليل، والكثير، والواضح الذي لا اختلاف فيه، والخفي الذي لا اطلاع عليه؛ كالضرر النفسي، بل وما يعد ضرر عرفاً قد يختلف باختلاف الزمان، والمكان، والأشخاص، والحالات.

ولذلك نقل السادة المالكية عن الإمام مالك قوله: **وَلَيْسَ عِنْدَنَا فِي قِلَّةِ الضَّرْرِ وَكَثْرَتِهِ شَيْءٌ مَعْرُوفٌ، وَلَا مَوْقُوتٌ.**^(١)

قال الإمام الباجي: **وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَنْتَقِرُ بِحَدٍّ لَا يَكُونُ ضَرَرًا حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِقَدْرِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مُضِرٌّ بِهَا مِنْ تَكَرُّرِهِ أَدَاهُ لَهَا.**^(٢)

وكون الضرر يختلف فإن هذا لا يعني أنه لا فرق بين شديد، وخفيف، ولا بين قوي وضعيف، إلا أن ذلك مُحَالٌ إلى العرف، كالكثير من الكليات الشرعية. وهو يدل

(١) المنتقى شرح الموطأ للإمام الباجي، ٤/ ٦٤، ط دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية بدون تاريخ. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، ٤/ ٢٨٦، ط مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م. البهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولِي، ١/ ٤٨٠، ط دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م. الإِتْقَانُ وَالْإِحْكَامُ فِي شَرْحِ تَحْفَةِ الْحُكَّامِ الْمَعْرُوفِ بِشَرْحِ مِيَارَةِ، لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدَ بْنَ أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ الْفَاسِي، ١/ ١٩٤، ط دار المعرفة.

(٢) المنتقى، المرجع السابق.

على أن الضرر في أصل المذهب لا حد له، ولا ينضبط إلا بالاجتهاد العرفي إلا أن علماء المذهب حاولوا ضبطه من خلال الأمثلة (١).

وليس هذا معناه أن الضرر المبيح للزوجة طلب التطلاق بسببه لا يمكن وضعه في معيار بل الناظر في أقوال السادة فقهاء المالكية، والصور التي ذكروها يستطيع أن يستخرج منها معياراً ضابطاً للضرر، كلي ينطبق على جميع جزئياته، وهو ما سأحاول القيام به في هذا الغصن بحول الله تعالى.

قد ذكرت فيما مضى أن الضرر هنا هو ما يعد ضرراً عرفياً، ومن خلال هذا نستطيع أن نستخلص جزءاً من الضابط وهو تحديده عرفياً.

وهناك ثلاثة قيود أخر ينبغي إضافتها مع تقييد الضرر بالعرف:

أولها ما أفصحت عنه صور السادة المالكية وعلى رأسهم إمام المذهب رحمه الله تعالى وهو أن يكون الضرر الذي صبغت معه العشرة بين الزوجين لا عذر للزوج في إيقاعه بالزوجة، فإن كان له عذر فلا يحق للزوجة في هذه الحالة طلب التطلاق للضرر.

ومما يدل على هذا الاستثناء قول الإمام مالك رحمه الله: ومن ترك وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يترك، فإما وطئ أو طلق وبذلك يقضي - يريد ويتلوم له مقدار أجل الإيلاء أو أكثر إذ لو حلف على مقدار أجل الإيلاء لم يطلق عليه، فكيف إذا ترك من غير يمين.

قال الإمام مالك: وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى قوم غابوا بخراسان وخلفوا أهلهم، فكتب إلى أمرائهم: إما أن يقدموا، أو يرحلوا نساءهم إليهم، أو يطلقوا. قال الإمام مالك: وذلك رأي، وأرى أن يقضي به.

قال الإمام مالك: ومن تزوج امرأة بكرًا أو ثيباً فوطئها مرة، ثم حدث له من أمر الله ما منعه من الوطء، وعلم أنه لم يترك ذلك وهو يقدر عليه، ولا يمين عليه، فلا يفرق بينه وبينها أبداً. (٢)

(١) الشيخ الدكتور: عبد الله بن بية، ردا على سؤال له عن ضابط الضرر عند المالكية منشور على موقع فضيلته على الشبكة العنكبوتية.

(٢) الجامع لمسائل المدونة، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، ١٠ / ٩٠٠، ط معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعتها)، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م.

وضح مما سبق من النقل عن الإمام مالك أنه يشترط في الضرر الواقع على الزوجة أن يكون متعمدا من الزوج، فإن كان غير متعمد، وله عذر فلا يحق للزوجة أن تطلب التطليق للضرر في هذه الحالة.

وهذا استثناء هام يجب اعتباره والتنبيه عليه على الحكام في قضايا التطليق للضرر سواء كان ذلك بالرفع إلى القضاء من قبل الزوجة، أو من خلال تحكيم المحكمين، وهو أن الضرر الواقع على الزوجة غير المتعمد من الزوج، وهو معذور فيه لا يحق للزوجة بناء عليه طلب التطليق للضرر؛ كالمثال الذي ذكره الإمام مالك فيمن عجز عن الوطاء بعد أن قادرا عليه، ومثلا لو أن الزوج ضرب الزوجة فأصابها بعاهة مستديمة فإن يحق لها طلب الطلاق للضرر على ما يأتي إن شاء الله تعالى، أما إذا أصابها بهذه العاهة عن طريق الخطأ كما لو كان حادث سيارة مثلا، فإنه لا يجيز للزوجة الطلب للطلاق، ومثله لو أن الزوج كان متكلماً فأصابه داء جعله أبكم فهذا لا يبيح للزوجة طلب الطلاق لسوء العشرة، مع أنه لو تعمد هجرانها فلا يكلمها، وطال ذلك منه، وتكرر فإن هذا يعد ضررا تستحق معه الزوجة طلب الطلاق، وهكذا في كل ضرر لا تعمد للزوج فيه، وهو معذور به فلا يحق لها طلب التطليق.

وقد يسأل سائل فيقول:

ما ذنب الزوجة في العيش مع رجل لا تحسن معه العشرة لمجرد كونه معذورا فيما يلحقه بالزوجة من ضرر سوء العشرة؟

وهنا تأتي الإجابة وهي أنه لا ذنب لها، ومن الذي أجبرها على العيش معه إن كانت لا تطيق هذه الحياة التي كانت طيبة، وجميلة إلا أن الزوج أصابه ضرر فتحول الجمال إلى سوء، والطيب إلى خبيث.

غاية ما هنالك أن الزوجة في هذه الحالة مخيرة بين أن تبقى مع الرجل على الضراء بعد أن كانت معه على السراء، وبين أن تخالعه فتطلب فراقه على أن تتنازل عن ما أعطاه لها مقابل الحياة الزوجية الدائمة.

وقد يخف عليك الأمر يا أيها السائل إذا ما عكسنا الصورة فننتصور أن الزوجة أصابها ضرر تسوء معه العشرة، كما لو أصابها مرض يمنع من وطئها، أو أصابها داء ينفر الزوج منها، أو صارت بكماء بعد أن كانت متكلمة فما حال الرجل في هذه الحالة؟ هو بين خيارين إما أن يبقيها معه، ويصبر على عشرتها فيكون معها في

الضراء كما كانت معه في السراء، وإما أن يريد الفراق فعليه في هذه الحالة أن يعطيها ما لها من حقوق مقررة من نفقة عدة، ومتعة، ومؤخر صدق.

فالأصل في الحياة الزوجية أنها أبدية قائمة على حسن العشرة في السراء، والضراء، فإذا أصاب أحد الزوجين ضرر تسوء معه العشرة لم يستطع الآخر تقبله فعلى من يريد الفراق أن يتحمل تبعات اختياره.

القيد الثاني: أن لا يكون الضرر مأذونا فيه شرعا، وهذا كما لو نشزت الزوجة فمارس حق التأديب عليها من الهجر، والضرب على الوجه المشروط شرعا، وهذا عند جميع الفقهاء، وكذا لو أدبها على ترك ترك الواجبات كالصلاة، والغسل من الجنابة على ما ذكره السادة المالكية.^(١)

فهذه الصور وإن كان فيها ضرر إلا أنه ضرر لغة لا شرعا؛ لأن مثل هذه الأمور إنما هي في الحقيقة نفع للمرأة لا ضرر من حيث حملها على أداء ما وجب عليها تجاه الزوج، وتجاه ربها سبحانه وتعالى.

والمطلوب إثباته أنه يشترط أن يكون الضرر غير مأذون فيه شرعا حتى يكون ضررا مبيحا طلب التطليق من قبل الزوجة.

زواج الزوج بثانية

وفي هذا القيد صورة يجب التنبيه عليها لما لها من أثر في الجانب القانوني عند الحديث عنه بحوله تعالى، وهي ما إذا تزوج الزوج بثانية فإن المالكية نصوا على أنه ليس ضررا،^(٢) ولا توجد زوجة لا تتضرر ولو نفسيا من زواج الزوج عليها إلا أنه غير معتبر؛ لأن الزوج قد فعل فعلا مأذونا فيه شرعا فإذا تضررت المرأة منه فلا اعتبار بهذا الضرر.

يقول الإمام ابن رشد في البيان والتحصيل معللا عدم كون الزواج من ثانية ضررا فقال: لأن الله تعالى أذن في ذلك وأباحه بقوله عز وجل ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾^(٣) وقوله ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ

(١) البيان والتحصيل، ٥/ ٢٢. مواهب الجليل، ٤/ ١٧. منح الجليل، ٣/ ٥٥٠. شرح الزرقاني، ٤/ ١٠٩.

(٢) مواهب الجليل، ٤/ ١٧. منح الجليل، ٣/ ٥٥٠. شرح الزرقاني، ٤/ ١٠٩.

(٣) سورة النساء جزء من الآية ٣.

أَزْوَاجَهُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴿١﴾ ومن فعل ما أباحه الله تعالى له فليس بمسيء، ولا حجة للمرأة عليه في ذلك. (٢)

بقي أن يقال: إنه ينبغي على الحكم أو القاضي الناظر في قضايا التفريق بين الزوجين بسبب سوء العشرة أن لا يحكم بالتفريق بحصول الأذى مرة، أو مرتين بحيث يكون ردة فعل مثلا في موقف ما؛ كأن يشتمها مرة في غضبة، أو يضربها، أو يهجرها؛ فإن هذا وأمثاله لا يخلو منه بيت، بل المراد أن يتكرر هذا بحيث تتعذر معه العشرة وحدث أمثال هذه الأمور وعدم تكررها مما لا يؤثر في العشرة، بل إن العشرة تدوم بزواله وهذا نبه إليه الإمام الباجي عند الحديث عن كون الضرر ليس له حد من حيث القلة، والكثرة فقال: وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَتَقَدَّرُ بِحَدٍّ لَا يَكُونُ ضَرَرًا حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِقَدْرِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مُضِرٌّ بِهَا مِنْ تَكَرُّرِهِ أَذَاهُ لَهَا. (٣)

وهناك قول عند المالكية يثبت لها التطلاق بالضرر وإن لم يتكرر؛ قَالَ الْمُتَنَبِّئِيُّ : إِذَا ثَبِتَ أَنَّهُ يَضُرُّ بِزَوْجِهِ وَلَيْسَ لَهَا شَرْطٌ، قِيلَ إِنَّ لَهَا أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسَهَا وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ الْبَيِّنَةَ بِتَكَرُّرِ الضَّرْرِ. (٤)

إلا أن الأولى أن يقال: إنه يشترط ثبوت تكرر الضرر؛ لأن الهجوم على التفريق بطلب المرأة لغضبة عابرة مما لا يعقل شرعا، ولا يرشد العقل إلى استحسانه، بل ولا العرف، وإلا فأين الإعذار، والاعتذار، وأين نرى علاقة لا تمر عليها عواصف الغضب، وريح الاختلاف؟ لاسيما أن هذا الأمر فيه تردد عند المالكية، بين أن يكون عدم اشتراط التكرار إنما هو في حال الاشتراط لا حالة عدمه، مما يؤكد على اشتراط تكرر الضرر، والله أعلم.

القيد الثالث: أن يكون الضرر تتعذر معه العشرة، فقد يكون هناك ضرر عرفا إلا أنه لا تتعذر معه العشرة فلا يعتبر، ويظهر هذا في الضرر الذي لا علاقة له بحقوق الزوجية من الوطاء، والنفقة، وحسن العشرة، فهذا لا يعد ضررا؛ كما لو كانت

(١) سورة المؤمنون الآية ٥، وجزء من الآية ٦.

(٢) البيان والتحصيل، ٥/ ٧٢.

(٣) المنتقى، ٤/ ٦٤.

(٤) التاج والإكليل، ٥/ ٢٦٢. وانظر: حاشية لصاوي، ٢/ ٥١٢.

علاقته بأقارب الزوجة غير ملتزمة، أو كان الزوج لا يسعى في العيش إلا ما يأتي بكفاية النفقة دون ما يزيد عليها من متطلبات الرفاهية.

ومنها لو كان الزوج لا يقوم بما تقتضيه الحياة من حاجة إلى ترفيه ونحوه، فهذا من الأمور التي لا تعد ضرراً معتبراً تطلق المرأة عليه طلاق للضرر، وهو ما نص عليه علماء المالكية حيث نصوا على أنه ليس من الضرر منع الزوجة من الحمام، أو منعها من التنزه، أو بغض الزوجة حيث إنه قلبي لا يؤثر ما لم يتصل بعمل يضر بالمرأة،^(١) وكل هذه الأمور لا تؤثر في حقوق الزوجية.

فإن قيل: هذا الضرر وإن كان غير مؤثر في حقوق الزوجية، ولا تتعذر معه العشرة إلا أن المرأة تجد مشقة في الحياة بهذه الطريقة فلماذا لا ترفعوا عنها المشقة بالطلاق للضرر؟

كانت الإجابة أنه في هذه الحالة لا يعد الزوج مقصراً في حقوق الزوجية، فلا نطلب منه في أن يطلق، ويغرم كل ما يترتب على الطلاق من حقوق للزوجة. ولكن الزوجة لو كرهت فلا تستطيع الحياة كفافاً، بل تريد الزيادة في المال، والتنزه، فلها إذا أن تطلب الخلع على ما يأتي بحوله تعالى.

ولقد رأيت بعض النساء ممن يشكين أزواجهن، ويهجرنهم بحجة أنه لا يعمل طوال الأسبوع على الرغم من أنه لا يقصر في النفقة، الأمر كله أنها تريده ألا يقعد عن جلب المال، مع أن هذا مما لا علاقة لها به طالما كانت مكفية بنفقة أمثالها.

والخلاصة: أن الضرر يشترط أن تتعذر معه العشرة، وأن يكون متعلقاً بحقوق الزوجية، أما ما كان على غير ذلك فلا يعطي الحق في التطليق للضرر، بل الزوجة في هذه الحالة التي تتحمل التبعات سواء كان بحكم الحكم عليها بالخلع في التطبيق للشقاق، أو طلبها للخلع.

وبناء على ما سبق فإنه يمكن وضع معيار ضابط للضرر المبيح للزوجة طلب التطليق لسوء العشرة وهو:

ما يعد ضرراً عرفاً تتعذر معه العشرة بين الزوجين بسبب تكرره، ولا عذر للزوج في إيقاعه، ولا إذن فيه شرعاً.

(١) إرشاد السالك إلى أفضل المسالك، ٢/ ٥١٢. مواهب الجليل، ٤/ ١٧. الشرح الكبير على الدردير، ٢/ ٣٤٥.

منح الجليل، ٣/ ٥٥٠. شرح الزرقاني، ٤/ ١٠٩. المنتقى، ٤/ ٦٤.

ويظهر تطبيق هذا الضابط على الأمثلة التي ذكرها السادة المالكية في كتبهم، وما ورد عليها من ردود ومناقشات، وهو ما سأعرضه بعون الله تعالى في النقطة الآتية.

يبقى هنا أن أنبه أن كل ما سبق إنما يكون في حالة الاختلاف القضائي، بمعنى أن الأمر قد رفع للقضاء أما إذا كان الأمر بين الزوجين بالتراضي فإن كل الأمور متاحة؛ فمثلا لو أصاب الزوج ضرر تسوء معه العشرة فطلبت منه الزوجة الطلاق، فطلقها معطيا إياها حقوقها فلا بأس به، بل ويثاب عليه بإذن الله تعالى إن كانت له نية صالحة.

وكذا إن أصاب الزوجة ضرر فرأت أن تطلب من زوجها أن يفارقها، وتبرعت له بحقوقها عن رضا نفس منها، وطيب خاطر فكل هذا جائز حسن.

غاية ما هنالك أننا نتحدث عن الاختلاف قضائيا بحيث إن الزوجة ترفع الأمر للقضاء أو التحكيم، ففي هذه الحالة يجب على القاضي، أو المحكم، مراعاة المعيار المحدد للضرر الذي يصح معه للزوجة طلب الطلاق.

الفصل الثاني: صور الضرر المبيح لطلب التطلق.

ذكر السادة المالكية رحمهم الله تعالى صوراً للضرر المبيح لطلب الزوجة التطلق من الزوج بسببه بعضها يسلم لهم، وبعضها ترد عليه بعض المناقشات، ومن هذه الصور:

(١) أن يلحق الزوج بالزوجة ضرراً بدنياً فاحشاً:

الظاهر من أقوال السادة المتقدمين من المالكية أن الضرر المادي الذي يوجب التطلق هو الضرر الفاحش الذي يقبح فعله، ويقبح أثره، كما لو مثل بها (أصابها بعاهة مستديمة) لا الضرر الخفيف الذي يراجع فيه الزوج، ويطالب منه عدم التكرار مرة أخرى، ومما يدل على هذا المعيار من الصور ما يأتي:

• لو حلف بالطلاق البائن أن يضرب زوجه خمسين سوطاً، فضررها، فإنه يبر، مع إيساعته، واستجابته للعقوبة، ولا تطلق عليه إلا في حالة واحدة قال الإمام ابن رشد الجد "لم تطلق عليه إلا أن يكون بها من الضرر آثار كثيرة مشتهر بمثلها من الحرائر، فتطلق عليه للضرر إذا تبين ذلك وتفاحش"^(١)

(١) البيان والتحصيل، ٩/ ٣٠٧.

- إذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريراً يخاف عليها منه إذا اقتضت منه، فإنها تطلق عليه. (١)
 - جاء في تبصرة الحكام: وإذا مثل الرجل بزوجته طلقت عليه.
- والمثلة المقصودة هنا هو أن يفعل بها ما يسمى بعصرنا الحاضر (العاهة المستديمة) كما لو ضربها بنار فأصابها، أو كانت بإيانة عضو، وإفساده، أو أنزل بها ما شوّه خلقتها، وساء منظرها، وكان ذلك مما لا يزول، ولا يعود لهيئته. (٢)
- (٢) ترك الوطء بلا إيلاء:
- الحلف على ترك الوطء إيلاء يترتب عليه حكمه (٣) فإن تركه بغير يمين فهل هو إيلاء؟

اختلف الفقهاء في هذا إلى مذهبين:

- المذهب الأول:** وهو مذهب سعيد ابن المسيب ويزيد بن الأصم وذهبوا إلى أن من ترك جماع امرأته بغير يمين يصير مولياً، قال البدر العيني: وهذا شاذ مخالف.
- المذهب الثاني:** أنه لا يصير مولياً وهو مذهب الجمهور. (٤)

(١) تبصرة الحكام، ٢/ ١٩٦.

(٢) تبصرة الحكام، ٢/ ١٩٩.

(٣) إن حلف الزوج على ترك وطء الزوجة فإما أن يحنث فيقربها، أو يبر فلا يقربها.

فإن حنث فإن كان الحلف بالله تعالى ففيه وجوب كفارة اليمين كسائر الأيمان بالله، وإن كان الحلف بالشرط والجزاء كالتعليق على الصدقة مثلاً ألا يقرب الزوجة، فلزوم المحلوف به كسائر الأيمان بالشرط والأجزية فتلزمه الصدقة. أما إذا بر فترك قربانها فلا يطالب بشيء مدة أربعة أشهر على ما قاله الجمهور، أو أقل من أربعة أشهر بيوم على ما قاله الحنفية.

فإذا انقضت الأربعة أشهر فهل تطلق المرأة منه مباشرة تطليقة بائنة، أم لا تطلق حتى ترفع الأمر إلى القاضي؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا مضت أربعة أشهر، ورأفته امرأته إلى الحاكم، وقفه، وأمره بالفيتة، فإن أبي أمره بالطلاق، فإن أبي طلق عليه القاضي، ولما تطلق زوجته بنفس مضي المدة. وهذا مروى عن كثير من الصحابة. وقال الحنفية إذا مضت أربعة أشهر، فهي تطليقة بائنة. ورؤي ذلك عن عثمان، وعلي، وزيد، وابن عمر. والراجح رأي الجمهور لأن الله تعالى قال ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة، جزء من الآية ٢٢٧] وهذا يدل على أن الطلاق لا يقع بمجرد انتهاء المدة، وإلا فما فائدة العزم، فمعنى الآية أن المولى إن أبى العودة، وعزم الطلاق، فإنه يؤمر به. انظر: بدائع الصنائع، للإمام الكاساني الحنفي، ٣/ ١٧٥، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م. منح الجليل، ٤/ ١٩٦. روضة الطالبين، ٢/ ٢٢٩. المغني، ٧/ ٥٥٣.

(٤) البناية شرح الهداية، للإمام بدر الدين العيني، ٥/ ٤٨٨، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م. المغني، ٧/ ٥٣٦.

إلا أنه يكون في هذه الحالة موقعا للضرر بزوجه سواء فعله قاصدا إضرارها، أو لا فهل لها أن تطلب التطليق لترك الجماع؟ اختلف الفقهاء في هذا على النحو الآتي:

المذهب الأول: وهو الظاهر عند المالكية أنه يطالب بالجماع وإلا طلقت عليه قصد الضرر أو لا؛ قال الإمام مالك: من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر، ولا علة قال له إما وطئت أو طلقت. (١)

قال ابن الجلاب: ومن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها، وأراد بذلك الإضرار بها، أمر بإزالة الضرر عنها مرة بعد أخرى، فإذا أقام على الامتناع من ذلك فرق بينه، وبينها لغير أجل يضرب له فيها. وقد قيل يضرب له أجل أربعة أشهر كالحالف المولي منها. (٢)

المذهب الثاني: ذهب الشافعية إلى أن ترك الوطء لا يوجب شيئا على الزوج مطلقا، وذلك بناء على مذهبهم في أن الوطء من حقوق الزوج لا الزوجة، ولكنه يسن له فعله؛ لأن عدمه يؤدي إلى الفساد، وقد يؤدي إلى انحراف الزوجة. (٣)

المذهب الثالث: ذهب الحنابلة إلى أنه إن تركه غير مضر بها؛ ذاهلا، أو لعذر فلا شيء عليه.

فإن تركه مضرا بها من غير عذر فروايتان في ضرب مدة الإيلاء عليه، وكأنه مول؛ إحداهما: تضرب له مدته، ويحكم له بحكمه وهي أصح الروايتين. والرواية الثانية: لا تضرب له مدة الإيلاء، ولا يحكم له بحكمه. وكذا حكم من ظاهر ولم يكفر؛ نص الإمام أحمد على أنه تضرب له مدة الإيلاء.

وعند ابن عقيل الحنبلي قصد الإضرار خرج مخرج الغالب، وإلا فمتى حصل إضرارها بامتناعه من الوطء تضرب عليه المدة، وإن كان ذاهلا عن قصد الإضرار. (٤)

(١) التاج والإكليل، ٥/ ٢٦٥.

(٢) التفرغ في فقه الإمام مالك بن أنس، عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، ٣٣/ ٢، ط دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

(٣) روضة الطالبين، ٨/ ٢٣٠.

(٤) الإنصاف، ١٦٩-١٧٠.

والراجح: أن ترك الوطء من الضرر الذي يبيح للزوجة عند عدم رضاها به رفع الأمر للقضاء؛ لأن حل الوطء من أهم آثار النكاح، وحقوقه، وتركه مما يوقع ضررا بالمرأة ينال من دينها، وديناها ويعرضها للوقوع في الخطأ.

(٣) ضرب الزوجة لغير التأديب:

قال ابن سلمون: إذا ثبت للمرأة أن زوجها يضربها وهي في عصمته فقيل لها أن تطلق نفسها كما تفعل إذا كان ذلك شرطا، وقيل: ليس لها أن تطلق نفسها حتى يشهد بتكرار الضرر. (١) وقيد ابن فرحون الضرب بكونه ضربا مؤلما (٢) وشرط الضرب المجيز لطلب الطلاق أن يكون بغير موجب شرعي وهو التأديب، فإن كان لموجب شرعي فلا يبيح طلب الطلاق. (٣)

ويلاحظ هنا أن ابن سلمون قيد الأمر بكونه شرطا، وهو ما أثبتته عند عرضي لمذاهب الفقهاء في أن هناك رأيا للمالكية أن الطلاق للضرر لا يكون إلا بالشرط للزوجة.

(٤) قطع كلام الزوجة وتحويل الوجه عنها:

إذا قطع الرجل كلامه عن زوجته، أو حول وجهه عنها في فراشها فذلك من الضرر بها ولها الأخذ بشرطها. (٤)

وانظر عزيزي القارئ إلى القيد، فدل هذا على أنه إنما يكون ضررا تطلق به إذا كان شرطا للزوجة، وإلا فيشترط هنا ما يشترط في الشقاق من أن يكون ذلك متكررا منه.

(٥) هجر الزوجة بغير موجب شرعي. (٥)

(١) التاج والإكليل، ٥ / ٢٦٥.

(٢) مواهب الجليل، ٤ / ١٧.

(٣) المنتقى، ٤ / ٦٤. إرشاد السالك إلى أفضل المسالك، ٢ / ٥١٢. الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ٢ / ٣٤٥.

(٤) التاج والإكليل، ٥ / ٢٦٥. مواهب الجليل، ٤ / ١٧. شرح الزرقاني، ٤ / ١٠٨.

(٥) الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ٢ / ٣٤٥.

(٦) سب الزوجة، أو سب أبيها:

وذلك نحو أن يقول يَا بِنْتَ الْكَلْبِ يَا بِنْتَ الْكَافِرِ يَا بِنْتَ الْمَلْعُونِ كَمَا يَقَعُ كَثِيرًا مِنْ رَعَاعِ النَّاسِ، قال الشيخ الدردير: وَيُؤَدَّبُ عَلَى ذَلِكَ زِيَادَةً عَلَى التَّطْلِيقِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ. (١)

(٧) الحلف بالطلاق على عدم المبيت عند الزوجة:

لو حلف بالطلاق أن لا يبيت عند امرأته ليلا، أو حلف ألا يبيت عند امرأته أبدا، وقال: أنا آتيها بالنهار، فهو ضار بها. والضرر هنا هو أنه حلف ألا يبيت عندها، وقد اختلف قول الإمام مالك في هذه المسألة: فقال مرة لا تطلق عليه. وقال أخرى: يتلوم له فإن أبى المبيت عندها طلق عليه.

وجه الأول: أنه يأتيها بالنهار فله أن يعطيها حقوقها الشرعية بالنهار.

ووجه الثاني: أن الليل جعله الله سكنا وفي عدم مبيته معها إضرار بها.

ويجب أن يلاحظ هنا أن المسألة في من حلف فألزم نفسه، فيظهر أن من لم يحلف لا يعد في هذه الحالة مضرا، والفرق أنه قد يبيت في أي وقت، بخلاف الأول. ويجب أن يلاحظ أيضا أن المقصود الحلف على أن لا يبيت معها في البيت، قال الإمام اللخمي: فإن حلف ألا يبيت معها في فراش وهو معها في بيت أو في دار - لم تطلق عليه، وليس ذلك من حقها. (٢)

وقد رجح الإمام ابن رشد الجد، والإمام اللخمي التطبيق عليه إن أبى المبيت عندها، وأنه يعطى مهلة للرجوع عن حلفه، وإلا كان من حقها طلب الطلاق للضرر، والعلة في ذلك:

(أ) ما يدركها من الوحشة لأن الله عز وجل جعل الليل سكنا ليسكن الرجل فيه إلى أهله، والنهار مبصرا لبيتغي فيه الرجل من فضل ربه، فقال تعالى ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ جَعَلَ اللَّهُ عَلَيْكُمُ النَّهَارَ سَرْمَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ مَنْ إِلَهٌ غَيْرُ اللَّهِ يَأْتِيكُم بَلِيلٌ تَسْكُنُونَ فِيهِ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾ (٣) وقال تعالى ﴿وَمِنْ رَحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمْ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ

(١) إرشاد السالك إلى أفضل المسالك، ٢/ ٥١٢. الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ٢/ ٣٤٥.

(٢) التبصرة للرخمي، ٥/ ٢٣٧٦.

(٣) القصص، الآية ٧٢.

وَلْتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلِعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿١﴾ يريد تعالى لتسكنوا في الليل، ولتبتغوا من فضل الله بالنهار، فوجب أن يكون الرجل في حلفه ألا يبيت عند امرأته مضرا بها؛ لأنها لم تتزوجه إلا لتسكن إليه ويسكن إليها في الحين الذي جعله الله وقتا للسكون، وهو الليل.

(ب) مخالفة العادة، وكونها على غير ما هو عليه غيرها من النساء من جيرانها وغيرهن يأوي إليهن أزواجهن. (٢)

والراجع:

أن هذا ليس من الضرر الذي يوجب للزوجة حق التطليق للضرر؛ لأنه لا يبطل حقوق الزوجية، والسكن يكون نهارا كما يكون ليلا، ولا شك أن ترك المبيت عند الزوجة من الأمور التي تخالف عرف الناس في هذا الأمر إلا أنه كما قلت لا يبطل حقوق الزوجة المترتبة على العقد من الوطاء، والنفقة، وغيرها.

(٨) إيثار الضرة عليها، وعدم الوفاء للزوجة بحقها:

وذلك لأنه يجب على الزوج التسوية بين زوجاته في المبيت، والنفقة لكل واحدة بما يليق بها، ولا يجوز أن يفضل إحدى زوجاته في المبيت، أو أن يقصر في نفقة إحداهن إلا إذا وافقت الزوجة على هذا التفضيل، وإلا كان مضرا بها، وكان لها الحق في هذه الحالة أن ترفع الأمر إلى القضاء للتطليق للضرر؛ قال الإمام الباجي: وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهَا إِذَا لَمْ تَرْضَ بِالْأَثَرَةِ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهَا مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِهَا بِأَثَرَةٍ وَلَا غَيْرِهَا أَوْ يُفَارِقَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَأَمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (٣)

(٩) الاستيلاء على مال الزوجة:

عقد الزواج يتعلق بآثاره من حيث الوطاء، والنفقة، والسكنى، ولحوق النسب، والمعاشرة بالمعروف، أما مال الزوجة فإنه ليس موضوعا للعقد بل مالها لها ليس لزوجها أخذه منها، فإن استولى الزوج على مال زوجته، وأخذه منها بغير رضاها فإن هذا ضرر يبيح لها طلب الطلاق بسببه. (٤)

(١) القصص، الآية ٧٣.

(٢) البيان والتحصيل، ٥/ ٤٧٨ - ٤٧٩. التبصرة للخمى، ٥/ ٢٣٧٦.

(٣) سورة البقرة جزء من الآية، ٢٢٩. وانظر المنتقى، ٤/ ٦٤.

(٤) انظر المنتقى، ٤/ ٦٤.

الصور التي لا تعد من الضرر:

ذكر فقهاء المالكية صوراً لا تعد ضرراً، ومن الممكن أن نستشف من هذه الصور، أن ما كان من الرفاهية، أو كان من حقوق الزوج، أو كان مما يبيح الشرع فعله فإنه لا يعد ضرراً تطلق به المرأة على الزوج، والصور التي ذكروا أنها ليست من الضرر:

(١) منع الزوجة من الحمام.

(٢) منعها من التنزه.

(٣) تأديب الزوجة على ترك الواجبات كالصلاة، والغسل من الجنابة.

(٤) زواج الزوج من ثانية.

(٥) بغض الزوجة حيث إنه قلبي لا يؤثر ما لم يتصل بعمل يضر بالمرأة. قال

الإمام الباجي: **وَلَيْسَ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهَا الْبُغْضُ لَهَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَازِيَةِ**.^(١)

ومما سبق ذكره من الصور التي عدها فقهاء المالكية ضرراً، وتلك التي لا تعد ضرراً يظهر ما تم تقريره في الضابط للضرر من أنه يشترط فيه أن يكون مقصوداً من الزوج، لا إذن فيه شرعاً، منكرراً بحيث يعد ضرراً، متعلقاً بحقوق الزوجية، وأن ما كان ضد ذلك، كالضرر لعذر، أو إذن، أو خارجاً عنه كطلب الزوجة التوسعة في العيش، والإكثار من المباحات كالسياحة، وغيرها فليس من الضرر الموجب للتطبيق عند عدم رفعه والله أعلم.

المطلب الثالث: الطلاق لضرر سوء العشرة في القانون والموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

في هذا المطلب أعرض لما اختاره واضعوا القانون في مسألة الطلاق للضرر، وأوازن بين ما اختاروه، وما سبق ذكره من مذاهب الفقهاء، مبيّناً مواضع الاتفاق، والخلاف.

ولبيان هذا قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الطلاق لضرر سوء العشرة في القانون.

الفرع الثاني: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون في مسألة الطلاق لضرر

سوء العشرة.

(١) إرشاد السالك إلى أفضل المسالك، ٢/ ٥١٢. مواهب الجليل، ٤/ ١٧. الشرح الكبير على الدردير، ٢/ ٣٤٥.

منح الجليل، ٣/ ٥٥٠. شرح الزرقاني، ٤/ ١٠٩. المننقى، ٤/ ٦٤.

الفرع الأول: الطلاق لضرر سوء العشرة في القانون.

حدد القانون الإجراءات الواجبة عند استحكام الشقاق بين الزوجين، والخطوات اللازمة لمحاولة الصلح بينهما انتهاء إلى التطليق بالضرر، وذلك في المواد من ٦ إلى ١١ مكررا في القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وهذا بيانها:

(المادة ٦) إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها ان تطلب من القاضى التفريق، وحينئذ يطلقها القاضى طلاقه بئنة اذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب، ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١.

(المادة ٧) "مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥"

يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

(المادة ٨) "مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥"

(أ) يشتمل قرار بحث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهم، على ألا تجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك، وعليها تحليف كل من المحكمين اليمين بأن يقوم مهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

(المادة ٩) "مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥"

لا يوتر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبدلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

(المادة ١٠) "مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥"

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح (١) فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بئنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

(٢) وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطبيق نظير بدل مناسب يقدر أنه تلزم به الزوجة.

(٣) وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطبيق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

(٤) وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطبيقاً دون بدل.

(المادة ١١) "مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥"

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال، وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة ٨، وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لهما استحالة العشرة بينهما، وأصررت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطبيق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها، أو بعضها وألزمت بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

(المادة ١١ مكرراً) "مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥"

على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته، ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول. ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهم، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها. فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه بطلقة بائنة، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطبيق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمهما بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً، ويتجدد حقها فى طلب التطبيق كلما تزوج بأخرى. وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطبيق كذلك .

التعليق على القانون:

أولاً: ماهية الضرر ومعياره قانوناً:

لم يحدد القانون ماهية الضرر، التي يطلق من أجله القاضي، وترك هذا للعرف والقضاء، ومن هذه الأحكام المبينة لماهية الضرر ومعياره:

أن يكون إيذاء قولاً أو فعلاً لأن "الضرر الموجب للتطليق وفقاً للمادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ماهيته إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها، بما تعتبر معه معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها، ولا ترى الصبر عليها"^(١)

أن يكون متعمداً من الزوج لأن "مقصود الضرر إيذاء الزوج زوجته بما لا يليق بمثلها وجوب أن يكون الضرر - إيجابياً أم سلبياً - متعمداً واقعا من الزوج دون الزوجة"^(٢)

معيار الضرر شخصي وليس مادياً يقرره القاضي^(٣) لأن "المستقر في قضاء هذه المحكمة أن معايير الضرر في معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شخصي لا مادي، وتصويره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعي متروك لقاضي الموضوع، وتختلف باختلاف بيئة الزوجية ودرجة ثقافتها والوسط الاجتماعي الذي بينهما"^(٤) كما يختلف باختلاف مكانة المضرور في المجتمع.^(٥)

لا يشترط تكرار الضرر لأن طلب الزوجة للطلاق للضرر "لا يشترط لإجابتها إلي طلبها أن يتكرر الإيذاء، بل يكفي لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو لمرة واحدة"^(٦)

(١) الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٢/٩/٢٠٠٠.

(٢) الطعن رقم ٦٤٠ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١١/٦/٢٠٠١. و الطعن رقم ٤ لسنة ٤٧ ق - جلسة ٣/٢١/١٩٧٩.

(٣) الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١١/١٩/١٩٧٥.

(٤) الطعن رقم ٢ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١١/١/١٩٧٨.

(٥) الطعن رقم ٧٩ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١/٢٠/٢٠٠١.

(٦) الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٧١ ق - جلسة ١٥/١٢/٢٠٠٣.

كون الضرر ضرراً مستنده العرف فالضرر "هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها"^(١)

لا يشترط كون الزوجة مدخولاً به لتحقيق الضرر.^(٢)

المصدر التشريعي للطلاق للضرر هو المذهب المالكي.^(٣)

تقدير عناصر الضرر للمحكمة لأن "محكمة الموضوع لها السلطة التامة في تقدير عناصر الضرر الموجبة للتطبيق، وبحث الأدلة والمستندات المقدمة إليها، والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها وإطراح ما عداه، حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها، وإقامة قضائها على أسباب سائغة تحمله. عدم التزامها بتتبع الخصوم في كافة مناحي دفاعهم ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لكل حجة مخالفة"^(٤)

ثانياً: بعض صور الضرر قانوناً:

(٣) بناء على ما سبق ذكره من ضوابط في الأحكام فإن هناك أحكاماً تضمنت

بعض صور الضرر منها:

تعدد الخصومات القضائية، والتبليغ على الجرائم، وتبادل الاتهامات دال على الضرر وإن كان التبليغ عن الضرر مباحاً إلا أنه لا ينافي وجود الضرر.^(٥) ف "استعداؤه للسلطة ضدها يتنافى مع كونه الحماية والأمن والسكن لها"^(٦)

إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث لأنه "يشكل ضرراً لا تستقيم به الحياة الزوجية ويوجب التفريق عند ثبوته في معنى المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وهذا الفعل ينطوي على إضرار المطعون عليها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما"^(٧)

(١) الطعن رقم ٨٠٠ لسنة ٧٢ ق - جلسة ٢٠٠٤/٧/٣.

(٢) الطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٠/١١/١٣.

(٣) الطعن رقم ٤٤٦ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠٣/٧/٢٨. والطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٠/١١/١٣.

(٤) الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٦٦ ق - جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦.

(٥) الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٩/٨/٤. والطعن رقم ١٨ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠٣/١/١٣.

(٦) الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٧ ق - جلسة ٢٠٠١/٧/١٤.

(٧) الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٧٦/١١/٣.

الهجر "المقرر أن هجر الزوج لزوجته يعتبر من صور الإضرار الموجب للتفريق وفقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩" (١)

التطبيق لزواج الزوج بثانية:

وبرغم هذا الترك للعرف إلا أن القانون بين نوعا من أنواع الضرر يختلف معه فيه كليا وجزئيا، وهو طلب الزوجة الطلاق من أجل زواجه بأخرى وهو المذكور في المادة ١١ مكررا، والمضافة بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

ثالثا: اشتراط محاولة الإصلاح بين الزوجين:

أثبت القانون في مادته السادسة أن الحكم بالطلاق للضرر إذا أثبتته الزوجة إنما يكون بعد عجز القاضي عن الإصلاح بينهما، وهو أيضا مقتضى المادة ١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فقرة ٢ والتي نصت على أنه "وفي دعاوى الطلاق والتطبيق لا يحكم بها إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين، وتعجز عن ذلك؛ فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة عرض الصلح مرتين علي الأقل بينهما، تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما، ولا تزيد عن ستين يوما"

الفرع الثاني: الموازنة بين الفقه الإسلامي، والقانون في مسألة

الطلاق لضرر سوء العشرة.

بعد عرض مسألة الطلاق لضرر سوء العشرة يظهر الآتي:

(١) يثبت القانون المصري للزوجة حق طلب التطلاق لضرر سوء العشرة إن أثبتته موافقا للمشهور من مذهب المالكية في المسألة.

(٢) إن لم تثبت الزوجة الضرر، وتكررت الشكوى فإن المسألة تتحول إلى إجراءات الطلاق للشقاق.

(٣) معيار الضرر راجع إلى ما يعد ضررا عرفا، وهو في هذا مطابق لما جاء به الفقه المالكي.

(٤) اشترط القانون محاولة الإصلاح بين الزوجين، وإن ثبت الضرر، وهو في هذا يخالف المشهور من مذهب المالكية وهو قول المتأخرين منهم، والذي لا يشترط محاولة الإصلاح ما دام الضرر قد ثبت، وهذا منحى محمود من واضعي القانون يوافق

(١) الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٣/٣/٨.

به ما نقل عن متقدمي السادة المالكية؛ لأن المسألة ليست اغتنام فرصة للتفريق بين الزوجين بل الأصل هو محاولة الإصلاح، والجمع، ورفع الضرر.

(٥) نص القضاء على أن الطلاق للضرر يثبت ويكون حقا للزوجة إن أثبتته وإن وقع مرة واحدة فقط وهو في هذا يخالف من قال من المالكية باشتراط تكرر الإضرار بحيث يعد ضررا عرفا، وهو الراجح نقلا كما سبق.

وهذه النقطة يجب أن توضع في الاعتبار فبناء على اختيار القضاء فإن الزوج لو غضب من زوجته مرة اعتدى فيها عليها، ولم يكن هذا من عادته، ولا يتكرر هذا منه، واستطاعت الزوجة إثبات هذه المرة الوحيدة، فإن لها أن ترفع الأمر إلى القضاء، وترفض الصلح، ويتم الحكم لها بناء على الإثبات، وهذا ينافي مقصد واضعي المشروع؛ لأنه قصد رفع الضرر وليس هنا ضرر تم رفعه، بل بيت تم هدمه بغضبة عابرة، قد يكون للزوجة فيها يد كبرى.

(٦) على الرغم من نص القانون على أن مرجعه المذهب المالكي إلا أنه خالفه في مسألة نص فقهاء المالكية على أنها ليست من الضرر في شيء، وهي مسألة الزواج من ثانية.

والغريب أن واضع القانون خالف القانون نفسه في مسألة عدم تحديد صور الضرر تاركا هذا لما يقتضيه العرف بنظر القضاء، وهو ما يعد غريبا في شأن وضع القوانين فلم النص على هذا الضرر دون غيره من الأضرار؟ ومن أين أصلا اعتبرتم هذا الأمر ضررا!

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الأمر قائلة: ولما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية يتعين علاجها؛ فإن المشروع رأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعا خاصا من الضرر ينص عليه وهو فى نطاق القاعدة العامة - التطلق للضرر - فإذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى كان لها حق طلب التطلق للضرر سواء كان الضرر ماديا، أو أدبيا، أو نفسيا، ومستند هذا الحكم مذهب الامام مالك، وما توجبه القاعدة الشرعية فى الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار"^(١)

(١) سبق تخريجه، ص ٢٤.

وهذا الكلام في المذكرة ينافي الواقع فمن قال إن التعدد مشكلة إجتماعية؟ المشكلة هو عدم قبول النساء للتعدد؟ والمشكلة الاجتماعية الحقيقية هي ملايين النساء من العوانس والمطلقات، والأرامل اللاتي لم يجدن من يركنن إليه زوجا بسبب هذا العرف المجتمعي الذي قبح تعدد الزوجات، ولو لم يكن كذلك لوجد هؤلاء من يكفلهن، ويعفهن.

فالقانون كان ينبغي عليه أن يعالج العرف المجتمعي الذي جعل معظم النساء يرضين بأن يتخذ أزواجهن عشيقات، ولا يرضين بأن يتخذ أزواجهن زوجات. فأرى والله أعلم أن تحديد القانون لهذا الأمر مجانب للصواب كلية وبخاصة أنه فتح الباب على مصراعيه لأي ادعاء للزوجة بالضرر فلم يقتصر على الضرر المادي بل جاوزه إلى الأدبي، والنفسي.

فبناء على القانون يكون مجرد الأذى النفسي للزوجة مسوغا لها لطلب الطلاق، ومن تلك التي لا تتأذى نفسيا بزواج زوجها مهما بلغت درجة حبها لزوجها، أو إيمانها بربها؟

إن هذا القانون يريد تحريم تعدد الزوجات ولكن بطريقة غير مباشرة وأراه ينشئ مشكلة اجتماعية، ولا يحلها. (١)

وقد رد الأستاذ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار عميد كلية الحقوق بأسويوط في كتابه الجامع المانع تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية على هذه الفقرة ردا موسعا، فيما يزيد على أربعين صفحة أرى أن أهمها الآتي: (٢)

أولا: إن تعدد الزوجات من المباحات وما كان كذلك لا يعاقب عليه المرأ؛ فجعل مجرد زواج الزوج بثانية مستوجبا لجواز رفع الزوجة قضية تطليق للضرر، يترتب عليه أن يفارق زوجته الأولى جبرا مع دفع كامل ما يتوجب على الطلاق من حقوق عقوبة على فعل مباح له.

ثانيا: إذا تضررت الزوجة نفسيا من زواج زوجها ولم يصدر من الزوج ما يعكر عليها حسن عشرتها بعد الزواج فإنه ليس ثمت موجب للطلاق للضرر، بل المرأة

(١) انظر: البداية في النكاح، وإنهائه، ١٨٨.

(٢) انظر: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، أد: عبد الناصر توفيق العطار، ص ١٤٤، وما بعدها، الطبعة الخامسة، بدون طبعة، وتاريخ نشر.

في هذه الحالة هي الكارهة، والمسينة للعشرة، أو الخائفة ألا تقيم حدود الله مع هذه الحال وبناء عليه فلها أن تطلب من زوجها أن يخالعا بأن تقتدي نفسها، لا أن تطلق عليه فيعاقب بما لا دخل له فيه.

ثالثا: إن فقهاء المالكية الذين نصوا على الطلاق للضرر صرحوا أنه ليس من الضرر أن يتزوج على زوجته، وهذا قد ذكرته مفصلا في الجانب الفقهي.

رابعا: وهو قول أقله بنصه مع تصرف يسير من كلام الدكتور لنفاسته حيث يستكر التقييد، والعقاب على فعل المباح على الرغم من عدم وجود ذلك في فعل الحرام فيقول في هامش صفحة ١٤٤:

ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن النظام القانوني المصري أصبح متناقضا تناقضا غريبا، فقانون الأحوال الشخصية يعاقب الزوج الذي يوثق زواجه بوثيقة رسمية، إذا أدلى ببيان غير صحيح عن أسماء زوجاته أو محل إقامتهن، بينما لا يعاقبه إذا عقد زواجه بعقد عرفي وأخفى هذا الزواج عن سائر زوجاته!

وقانون العقوبات الحالي لا يعاقب الزوج إذا زنا بغير متزوجة يزيد عمرها على ثمانية عشر عاما طالما تم الزنا في مسكن غير مساكن زوجاته! بينما يعاقب قانون الأحوال الشخصية الزوج عندما يعقد بوثيقة رسمية زواجا أحله الله ورسوله وكافة علماء المسلمين، إذا أدلى للموثق ببيان غير صحيح عن زوجاته، ومحل إقامتهن، ولو لم يكن قد دخل بزوجه الجديدة، وقد يكون هذا الزوج قد أخفى زواجه الجديد عن زوجاته الأخريات بهدف أن تستمر المودة والرحمة بينه، وبينهن بعد أن شحن أنصار العصر والحضارة وتحرير المرأة ذهن زوجاته بالعداء لتعدد الزوجات.

أليس عجيبا وغريبا أن نرى الحلال يضيق على الناس فيه، والحرام يوسع على الناس فيه!!

(٧) يتم نظر قضايا التطلاق لضرر سوء العشرة، وما تستتبعه من وجوب محاولة الإصلاح بين الزوجين أمام محاكم الأسرة بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بإنشاء محاكم الأسرة، وهذه المحاكم هي التي تنظم مسألة الإصلاح بين الزوجين.

وقد أنشئت هذه المحاكم المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية لتسريع إجراءات التقاضي في مسائل الطلاق والتي كانت تستمر لسنوات يضيع فيها الحق، ويستشري فيها الظلم.

فكان يعيب قانون التطبيق للضرر طول أمد فترة التقاضي والتي كانت تسبب العنت على طالبات الطلاق يقول أحد المحامين "وقد رأيت من لطمت الخدود أمام محكمة استئناف بنها لتداول دعواها أكثر من سبع سنوات أمام المحكمة "ابتدائي واستئناف"، حتى كادت المرأة تقبل يد القاضي لحجز الدعوى للحكم، وقالت بالحرف: أقيمت دعوى التطبيق وأنا وعمري ٣٦ عاماً، والآن عندي ٤٦ عاماً"^(١)

بعد إنشاء محاكم الأسرة قلت هذه الفترة للغاية، وذلك لسرعة إنهاء الإجراءات. ومحاولة الصلح التي يختص بها بناء على هذا القانون مكتب تسوية المنازعات (مادة ٥ إلى مادة ٩) ويجب أن ينتهي المكتب منها خلال ١٥ يوماً؛ فقد نصت المادة ٨ من قانون إنشاء محاكم الأسرة فقرة ١ على أنه "يجب أن تنتهي التسوية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ولا يجوز تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم" كما أن القضايا التي تنتظر أمام محاكم الأسرة إذا استؤنف عليها لا تنتظر بعد ذلك في محكمة النقض فقد نصت المادة ١٤ من قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤ على أنه "مع عدم الاخلال بأحكام المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض" وبناء على ذلك فإن إنشاء محكمة الأسرة يسر إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ضمنها الطلاق لضرر سوء العشرة.

إلا أن هناك ملاحظة هامة على هذا القانون أثارت جدلاً حين إنشائه، وأرى والله أعلم أنها يجب أن تنتظر بعين الاعتبار عند إعادة النظر في قوانين الأحوال الشخصية في مصر.

وهذه الملاحظة تكمن في تكوين محكمة الأسرة (وهي جهة الحكم في قضايا الأحوال الشخصية ومنها التطلاق) وتكون مكاتب تسوية المنازعات (وهي الجهة المنظمة لمحاولات الإصلاح بين الزوجين في قضايا التطلاق وغيرها)

(١) مقال بعنوان: التطلاق بين الشريعة والقانون، لمحمد إبراهيم أحمد، نشر في جريدة عقيدتي بتاريخ: ٢١ / ٨ /

فعلى الرغم من الإجماع على أن مسائل الأحوال الشخصية قانوناً مستقاة من الشريعة الإسلامية، وبالاختيار من المذاهب الفقهية، إلا أن تكوين محكمة الأسرة، ومكاتب تسوية المنازعات لا يتضمن أعضاء مختصين في الشريعة الإسلامية!

فبناءً لنص المادة ٢ فقرة ١ من القانون ٤ لسنة ٢٠٠٠ تؤلف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة ١١ من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين، والآخر من الأخصائيين النفسيين، يكون أحدهما على الأقل من النساء"

والمادة ١١ المشار إليها هي " يكون حضور الخبيرين المنصوص عليهما في المادة ٢ من هذا القانون جلسات محكمة الأسرة وجوباً في دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني، والفسخ وبطلان الزواج، وحضانة الصغير، ومسكن حضانته وحفظه ورؤيته، وضمه والانتقال به، وكذلك في دعاوى النسب والطاعة .
وللمحكمة أن تستعين بهما في غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية إذا رأت ضرورة لذلك.

وعلى كل منهما أن يقدم للمحكمة تقريراً في مجال تخصصه"
أما مكتب تسوية المنازعات فنصت المادة ٥ من قانون إنشاء محكمة الأسرة على أن " تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر لتسوية المنازعات الأسرية، يتبع وزارة العدل ويضم عدداً كافياً من الأخصائيين القانونيين، والاجتماعيين والنفسيين الذين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع الوزراء المعنيين .

ويرأس كل مكتب أحد ذوى الخبرة من القانونيين أو من غيرهم من المتخصصين في شئون الأسرة، المقيد في جدول خاص يعد لذلك في وزارة العدل، ويصدر بقواعد وإجراءات وشروط القيد في هذا الجدول قرار من وزير العدل"

وبالنظر إلى هذه المواد يظهر الاقتصار على الخبراء النفسيين، والاجتماعيين، والقانونيين دون أي وجود لعلماء الدين، أو المتخصصين في الشريعة، مصدر قوانين الأحوال الشخصية، وأعلم الناس بموارد الأحكام، وفقهها، وعللها، وحكمة مشروعيتها.

والناظر في قواعد وإجراءات وزير العدل فيما يختص باختيار الخبراء في محكمة الأسرة يرى أنها لم تجعل لعلم الدين، أو الفقه، أو الشريعة ميزة، بل إنه يدخل في بوتقة واحدة مع غيره من المؤهلات، وهذا يدل على أن هذا التخصص غير مراد لذاته.

فالنظر في قرار وزير العدل رقم ٢٧٢٤، لسنة ٢٠٠٤م، الخاص بقواعد وإجراءات اختيار الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين، لعضوية مكاتب تسوية المنازعات الأسرية قرر في مادته الأولى أنه يشترط أن يكون متزوجاً، وأن يكون حاصلاً على مؤهل عال من إحدى الجامعات أو المعاهد العليا في مجال القانون أو الشريعة أو علم النفس أو علم الاجتماع، وألا تقل مدة خبرته في مجال تخصصه عن خمس سنوات، وألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة سالبة للحرية في جريمة مخلفة بالشرف أو الأمانة، وأن يبدي كتابة رغبته أو موافقته على اختياره في تشكيل مكاتب التسوية، ويجوز لوزير العدل عند الضرورة التجاوز عن شرط مدة الخبرة.

هذا مجمل الشروط، وفيها كما يرى القارئ يوضع تخصص الشريعة مع غيره، فقد يوجد، وقد لا يوجد.

ولقد كنت شاهد عصر على جلسات مناقشة هذا القانون في مجلس الشعب على شاشات التلفزيون، ورصدت محاولات بعض النواب ضم المختصين في الشريعة إلى خبراء المحكمة، أو مكاتب تسوية المنازعات إلا أن محاولاتهم باءت بالفشل. وهذا الأمر لا شك أنه فاسد نظرياً وعملياً.

أما نظرياً فلما ذكرت من كون الشريعة هي أصل القانون، فينبغي وجود المختصين بها.

وأما عملياً فلما هو معلوم بالمشاهدة في المجالس العرفية، والتحكيم بين الناس، ومحاولات الإصلاح بين الزوجين، حيث يكون عالم الدين، أو الواعظ، أو المتخصص في الشريعة ركناً هاماً في هذه المجالس، وفي الغالب يكون هو الركن الأهم، أو رئيس هذه الجلسات.

كما أن وجود المتخصصين في الدين له أهميته في تذكير المتخاصمين بالله، وتخويفهم من عقابه، وترغيبهم في ثوابه، وتوضيح حكم الشرع لهم، وهذه وظيفة لن يستطيع أداءها غير عالم الدين، أو المتخصص في الشريعة.

وبناء على ذلك فخلو المحكمة ومكاتب المنازعات من الأعضاء المتخصصين في الدين يؤثر ولا شك على سير محاولة الإصلاح بين الزوجين في قضايا التطبيق لسوء العشرة، والله أعلم.

المبحث الثاني

التطبيق للضرر بحكم الحكيم في الشقاق.

هذه هي الصورة الثانية التي يطلق القاضي فيها لضرر سوء العشرة، وإنما تكون هذه الصورة عند استحكام الشقاق بين الزوجين، وإن عرف من الذي صدر منه الضرر، إلا أن المالكية أثبتوا حق الزوجة في التطلاق إن أثبتت وقوع الضرر عليها على النحو الذي بيناه من قبل.

والتطبيق للشقاق غالبا ما يكون عند اختلاف الزوجين، واحتدام النزاع بينهما، مع عدم وضوح الصورة في المتسبب في هذا النزاع، أو كان النزاع متسبب عن تقصير من كل منهما.

والكلام في هذا المبحث عن ماهية حكم القاضي إذا انتهى إلى التفريق بينهما، هل هو جبري، بمعنى أنه ينفذ على الزوج أو هو اختياري؟ كما أبحث بحوله تعالى في الإجراءات المتبعة في التحكيم للشقاق عند الفقهاء، والقانون، وليبين هذه الأمور قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشقاق.

المطلب الثاني: التطبيق للضرر بحكم الحكيم في الشقاق في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: التطبيق للضرر بحكم الحكيم في الشقاق في القانون،

والموازنة بينه وبين الفقه الإسلامي.

والله سبحانه المستعان، وعليه التكلان.

المطلب الأول: تعريف الشقاق.

الشقاق لغة مصدر مشتق على صيغة فعال من الفعل شقَّ، وجميع معاني هذا الفعل تدور حول وجود بعد، أو انفصال بين طرفين، ولعل هذا هو سبب تسمية ما يدور بين الزوجين من خلاف شقاقا؛ لأنه عبارة عن شرخ في العلاقة بينهم، وبعد في التفاهم.

فالشَّقُّ بفتح الشين هو الصدع، أو الشرخ الذي يصيب الشيء فيصيره قطعتين

بعد أن كان قطعة واحدة، سواء كان هذا الشرخ تاما ففصل الشيء إلى جزئين، أو كان شرخا جزئيا صدع الشيء إلا أنه لم يقسمه قال ابن منظور:

الشَّقُّ: الصَّدْعُ البَائِنُ، وَقِيلَ: غَيْرُ البَائِنِ، وَقِيلَ: هُوَ الصَّدْعُ عَامَّةً. (١)
 والشَّقُّ بكسر الشين: النَّاحِيَةُ وَالْجَانِبُ مأخوذٌ مِنَ الشَّقِّ أَيضاً، وكأن الشيء لما
 تصدع صار كل جزء (شِقٌّ) منه في ناحية، فلذلك شق الشيء نصفه. وجاء في الحديث
 الشريف "اتَّقُوا النارَ وَلَوْ بِشِقِّ تَمْرَةٍ فَإِنَّ لَمْ تَجِدُوا، فَبِكَلِمَةٍ طَيِّبَةٍ" (٢) أَي نِصْفِ تَمْرَةٍ.
 وهذا يعبر به لغة عن الشق الحقيقي، والشق المعنوي؛ فكما يستخدم الشق في
 التعبير عن الصدع الحادث في المحسوسات يستخدم في التعبير عن الصدع الحادث في
 المعنويات؛ يُقَالُ: قَدْ انشَقَّ فلانٌ مِنَ الغُصْبِ كَأَنَّهُ امْتَلَأَ باطنُهُ بِهِ حَتَّى انشَقَّ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ
 تَعَالَى ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغَيْهِ إِلَّا بِشِقِّ النَّفْسِ﴾ (٣) والمعنى أن الله
 خلق لكم الأنعام التي تحمل أثقالكم، والتي لم تكونوا تستطيعون حملها إلا بمشقة شديدة
 كأنها تذهب بشق أنفسكم أي بنصف قوتكم. (٤)

والشَّقَاقُ: العداوة بَيْنَ فَرِيقَيْنِ والخِلافُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، سُمِّيَ ذَلِكَ شِقَاقاً لِأَنَّ كُلَّ
 فَرِيقٍ مِنْ فَرِيقَتِي العداوة قَصَدَ شِقاً أَي نَاحِيَةً غَيْرَ شِقِّ صَاحِبِهِ. (٥)
 فالشَّقَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ: هُوَ التَّخَاصُمُ بَيْنَهُمَا، فَالعِلاقَةُ بَيْنَهُمَا تَصَدَعَتْ حَيْثُ
 صار كل واحد في ناحية بعيدا عن صاحبه. (٦)

العلاقة بين الشقاق والتطليق للضرر:

التطليق للضرر يعد أثراً من آثار الشقاق؛ فإن الشقاق إذا حدث بين الزوجين
 يتم بعث الحكيم على ما سيأتي إن شاء الله، فينظران في حالهما فإن كان التعدي من
 قبل الزوجة حكموا بالخلع، وإن كان من جانب الزوج حكموا بالتطليق للضرر، وإن

-
- (١) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور، ١٠/ ١٨١، ط دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤ هـ.
 (٢) حديث متفق عليه؛ رواه الإمام البخاري في صحيحه كتاب الزكاة، باب اتقوا النار ولو بشق تمره والقليل من الصدقة، رقم
 ١٤١٧. ورواه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة ولو بشق تمره، أو كلمة طيبة، وأنها حجاب
 من النار، رقم ٦٨ (١٠١٦) كلاهما عن سيدنا عدي بن حاتم. وهو مروي عندهما في مواضع أخر.
 (٣) سورة النحل، جزء من الآية ٧.
 (٤) انظر: مدارك التنزيل، وحقائق التأويل، تفسير التفسيري، لأبي البركات عبد الله بن أحمد التفسيري، ٢/ ٢٠٤، ط دار الكلم
 الطيب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ، ١٩٩٨ م.
 (٥) انظر: لسان العرب، ١٠/ ١٨١. تهذيب اللغة، ٨/ ١٠٤.
 (٦) انظر: العناية، ٤/ ٢١١. حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان بن منصور العجيلي (الجمل) ٤/ ٢٨٨،
 ط دار الفكر بدون طبعة وتاريخ.

اشتبه الأمر فلم يعلموا المتعدي فإما أن يحكما بالصبر على الزواج، أو الطلاق على ما يأتي إن شاء الله.

المطلب الثاني: التطبيق للضرر بحكم الحكمين في الشقاق في الفقه الإسلامي.
الحديث في هذا المطلب يتضمن الإجراءات الواجب اتخاذها قبل إصدار الحكم في التحكيم بسبب الشقاق، وعن نفاذ هذا الحكم على الزوج، ولذلك فقد قسمته إلى فرعين:

الفرع الأول: الإجراءات الواجب اتخاذها قبل إصدار الحكم في التحكيم بسبب الشقاق.

الفرع الثاني: نفاذ حكم الحكمين في الشقاق.

الفرع الأول: الإجراءات الواجب اتخاذها قبل إصدار الحكم في التحكيم بسبب الشقاق.

يمكن بيان الإجراءات الواجب اتخاذها في الفقه الإسلامي قبل إصدار الحكم في التحكيم على النحو الآتي:

(١) محاولة الإصلاح قبل إرسال الحكمين:

ويكون ذلك بالنظر في المسيء منهما هل هو الزوج، أو الزوجة ومعاملة الحال في كلِّ بمقتضاه؛ فإن كان من المرأة فهو تشوز تدور فيه أحكامه، وإن كان من الزوج ندبه إلى رفع الظلم عن الزوجة، وحاول الاستعانة بأهل الجاه للسعي في الإصلاح من جانب الزوجين من أجل أن يرفع هذا الشقاق، ونفس الأمر يكون إن لم يظهر من المسيء، وبالجملة فإنه يسعى إلى جمع كلمتهما دون إرسال لحكم، أو بحث في مسألة التفريق.^(١)

وفي التطبيق المعاصر يمكن القول بأنه الدور الذي يقوم به المصلحون الآن قبل وصول الأمر للقضاء، وهو أيضا عمل مكاتب تسوية النزاعات في محاكم الأسرة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهو ما لا ياباه الفقه الإسلامي بل نص عليه الإمام الماوردي قائلا "فإن جعل الحاكم إلى الحكمين الإصلاح بين الزوجين دون الفرقة جاز، بل لو فعله الحاكم مبتدئا قبل ترافع الزوجين إليه، أو فعله الحكماء من قبل أنفسهما من

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص، ٢/ ٢٦٩. منح الجليل، ٣/ ٥٤٨. الحاوي الكبير، الإمام أبو الحسن الماوردي، ٩/ ٦٠٢، ط دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م. المغني، ٧/ ٣٢٠.

غَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ لَهُمَا، جَازَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ
بَصَدَقَةً أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ (١) (٢)

ويُفعل المصلحون ما فيه المصلحة لكلا الزوجين قدر الإمكان، وهو مما يختلف باختلاف المكان، والزمان، والأشخاص، والأحوال، فلو كان الحل في انتقالهما نصحا به، أو كان الحل إسكانهما بجوار أهلها أو أهل أحدهما، أو حتى إن اقتضى الأمر أن يتنازل أحد الأطراف عن بعض حقوقه حتى يحافظ على رابطة الزوجية فلا مانع.

ويُبدل على ذلك قوله تعالى ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (٣)

ورَوَى التِّرْمِذِيُّ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: خَشِيتُ سَوْدَةَ أَنْ يُطَلِّقَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: لَا تُطَلِّقْنِي وَأَمْسِكْنِي، وَاجْعَلْ يَوْمِي مِنْكَ لِعَائِشَةَ، فَفَعَلَ فَنَزَلَتْ ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ (٤) فَمَا اصْطَلَحَا عَلَيْهِ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ جَائِزٌ. قَالَ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ. (٥)

وَعَنِ السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ، أَنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ وَهَبَتْ يَوْمَهَا لِعَائِشَةَ «وَكَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقْسِمُ لِعَائِشَةَ بِيَوْمِهَا وَيَوْمَ سَوْدَةَ» (٦)

وَعَنِ السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ (٧) قَالَتْ: «هُوَ الرَّجُلُ يَرَى مِنْ امْرَأَتِهِ مَا لَا يُعْجِبُهُ، كِبَرًا أَوْ غَيْرَهُ، فَيُرِيدُ فِرَاقَهَا»، فَتَقُولُ: أَمْسِكْنِي وَأَقْسِمْ لِي مَا شِئْتِ، قَالَتْ: «فَلَا بَأْسَ إِذَا تَرَاضِيَا» (٨)

(١) سورة النساء، جزء من الآية ١١٤.

(٢) انظر: الحاوي، ٩/ ٦٠٢.

(٣) سورة النساء، الآية ١٢٨.

(٤) سورة النساء، جزء من الآية ١٢٨.

(٥) رواه الإمام الترمذي في سننه، كتاب تفسير القرآن، باب سورة النساء، رقم ٣٠٤٠.

(٦) رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضررتها، وكيف يقسم ذلك، رقم ٥٢١٢.

(٧) سورة النساء، جزء من الآية ١٢٨.

(٨) رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب قول الله تعالى (أَنْ يُصَالِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) رقم ٢٦٩٤. ولفظ الآية هذا هو نص صحيح البخاري، وهو قراءة متواترة.

وَرَوَى ابْنُ عِيْنَةَ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ كَانَتْ تَحْتَهُ خَوْلَةٌ ابْنَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَكَرِهَ مِنْ أَمْرِهَا إِمًّا كَبِيرًا وَإِمًّا غَيْرَهُ، فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَقَالَتْ: لَا تَطَلِّقْنِي وَأَقْسِمَ لِي مَا شِئْتَ، فَجَرَّتِ السَّنَةَ بِذَلِكَ. (١)

وعلى هذا يكون السعي في الإصلاح وإن كان لا يستقيم إلا بتنازل أحد الطرفين للآخر ما دام بالتراضي؛ قال الإمام القرطبي: قال علماءنا: وفي هذا أن أنواع الصلح كلها مباحة في هذه النزلة، بأن يُعْطِيَ الزَّوْجُ عَلَى أَنْ تُصْبِرَ هِيَ، أَوْ تُعْطِيَ هِيَ عَلَى أَنْ يُؤْتَرَ الزَّوْجُ، أَوْ عَلَى أَنْ يُؤْتَرَ وَيَتَمَسَّكَ بِالْعِصْمَةِ، أَوْ يَقَعَ الصَّلْحُ عَلَى الصَّبْرِ وَالْأَثَرَةِ مِنْ غَيْرِ عَطَاءٍ، فَهَذَا كُلُّهُ مَبَاحٌ. (٢)

والخلاصة أنه يشترط قبل اللجوء للتحكيم القضائي اللجوء للتحكيم العرفي للإصلاح بين الزوجين بأية طريقة من طرق الإصلاح فيما لا يخالف الشرع.

(٢) شروط الحكيم في التحكيم:

إن لم تفلح محاولات الإصلاح أرسل القاضي حكيمين من كل من الطرفين على ما ذكرت الآية الكريمة ويشترط فيهما الآتي:

(الشرط الأول) أن يكونا عاقلين بالغين عدلين مسلمين، وذلك للاتي:

أولاً: إنَّ الْوَكِيلَ إِذَا كَانَ مُتَعَلِّقًا بِنَظَرِ الْحَاكِمِ، لَمْ يَجْزُ أَنْ يَكُونَ إِلَّا عَدْلًا.
ثانياً: قياساً على ما لو نُصِبَ وَكِيلاً لَصَبِيٍّ أَوْ مُفْلِسٍ.

ثالثاً: العدالة نأمن بهما الجور في الحكم.

(الشرط الثاني) أن يكونا ذكراً؛ لأنَّ الإصلاح مُفْتَقِرٌ إِلَى الرَّأْيِ وَالنَّظَرِ.

وعند الشافعية لا تشترط الذكورة بل تسن.

(الشرط الثالث) يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ عَالِمِينَ بِالْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَصَرَّفَانِ فِي

ذَلِكَ، فَيُعْتَبَرُ عِلْمُهُمَا بِهِ.

(الشرط الرابع) يستحب أن يكونا من أهلها؛ لأمر الله تعالى بذلك، ولأنَّهُمَا

أَشْفَقُ وَأَعْلَمُ بِالْحَالِ، فَإِنْ كَانَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا جَارَ؛ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ لَيْسَتْ شَرْطاً فِي الْحُكْمِ وَلَا الْوَكَالَاتِ، فَكَانَ الْأَمْرُ بِذَلِكَ إِرْشَادًا وَاسْتِحْبَابًا.

(١) السنن الكبرى للبيهقي رقم ١٣٨١٨. وانظر: الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي، ٥/ ٤٠٣، ط دار الكتب

المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤ هـ، ١٩٦٤.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٥/ ٤٠٥.

وقال المالكية إن كان لهما أهل على الصفة المطلوبة فهما المعنيان وجوبا، فإن لم يوجد فالأجنبي. (١)

(٣) قرار الحكمين:

بين الفقهاء رحمهم الله تعالى عمل الحكمين، ومن الممكن تلخيصه في النقاط الآتية:

(أ) ينبغي أن يكون في نيتهما الإصلاح بين الزوجين، لا التفريق بينهما، فتكون إرادتهما متوجهة إلى الجمع لا التفريق؛ وذلك لقوله تعالى ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (٢) فينبغي أن تتوجه إرادتهما إلى الإصلاح لعل الله أن يوفقهما إليه.

(ب) عليهما أن يبذلا الجهد المادي للإصلاح بين الزوجين (بعد أن تتوجه النية إليه) باستخدام الرفق إن نفع، أو الترهيب، أو الترغيب، أو الزجر، ولا يخص أحدهما بذلك؛ حتى لا يتغير أو يحمل في نفسه ما يحمله على الفراق.

(ج) إن لم تفلح محاولات الإصلاح بين الزوجين فللحكمين بعد ذلك إصدار الحكم بناء على ما يريانه من بحثهما، فيما أن يكون الزوج هو المسيء للعشرة، أو الزوجة، أو كلاهما، وبناء على ذلك فإنهما يحكما بما يريا إما ببقاء الزوجية، أو بطلاق الزوج، أو خلع الزوجة. (٣)

وهنا يرد السؤال في قوة هذا القرار: هل ينفذ هذا القرار مباشرة، أم أنه لا بد من استئذان الزوج فيه، أو الزوجة إن كان خلعاً، أم أنهما ينهيان ما يؤول إليه قرارهما إلى القاضي؟

وإذا كان الأمر هو إنهاء ما يريانه إلى القاضي فهل للقاضي التفريق بين الزوجين بناء على هذا التقرير المرفوع من الحكمين، ولو بدون رضا الزوجين أم أن

(١) انظر فيما سبق: المدونة ٢/ ٢٦٦. المنتقى، ٤، ١١٤. شرح الخرشي، ٤/ ٧. نهاية المحتاج في شرح المنهاج، للشيخ محمد بن شهاب الرملي، ٦/ ٣٩٢، ط دار الفكر، بدون طبعة، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للشيخ ابن حجر الهيتمي، ٧/ ٤٥٧، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة، وتاريخ. أسنى المطالب، ٣/ ٢٤٠. المغني، ٧/ ٣٢١. كشاف القناع عن متن الإقناع، الشيخ منصور بن يونس البهوتي، ٥/ ٢١١، ط دار الكتب العلمية.

(٢) سورة النساء، جزء من الآية ٣٥.

(٣) انظر فيما سبق: شرح الخرشي، ٤/ ٧. كشاف القناع، ٥/ ٢١١.

الأمر يحتاج إلى رضا من عليه الحكم؛ زوجا كان أو زوجة؟ وهل يحتاج إلى رضا الحاكم أم لا؟

هذا هو المقصود الرئيسي من البحث، وهو موضوع الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: نفاذ حكم الحكمين في الشقاق

تحرير محل النزاع:

اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِ بَعَثِ الْحَكَمَيْنِ إِذَا وَقَعَ التَّشَاجُرُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَجَهَلَتْ أَحْوَالُهُمَا فِي التَّشَاجُرِ - يعني: الْمُحَقِّ مِنَ الْمُبْطَلِ - لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (١)

وَأَجْمَعُوا عَلَى اسْتِحْبَابِ أَنْ يَكُونَ الْحَكَمَانِ مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ: أَحَدُهُمَا مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ، وَالْآخَرُ مِنْ قَبْلِ الْمَرْأَةِ، إِلَّا أَنْ لَا يُوجَدَ فِي أَهْلِهِمَا مَنْ يَصْلُحُ لِذَلِكَ فَيُرْسَلُ مَنْ غَيْرِهِمَا، وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْحَكَمَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا لَمْ يَنْفَذْ قَوْلُهُمَا. وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ قَوْلَهُمَا فِي الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَافِذٌ بِغَيْرِ تَوْكِيلٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْرِيقِ الْحَكَمَيْنِ بَيْنَهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ هَلْ يُحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ مَنْ الزَّوْجِ أَوْ لَا يُحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ؟ (٢)

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف إلى الخلاف في صفة الحكمين في الشقاق بين الزوجين هل هما حاكمان موليَّان من قبل الحاكم، أم هما شاهدان عند الحاكم بما يريانه من حال الزوجين، أم هما وكيلان عن الزوجين؟ فمن رآهما حاكمين جعل حكمهما نافذاً؛ بمعنى أنه يلزم الزوج الطلاق إن حكما بوجود الضرر، وينفذ عليه، وكذا على الزوجة إن حكما بالخلع، ومن رآهما شاهدين جعل حكمهما موقوفاً على تصديق الحاكم، أما من رآهما وكيلين لم يجعل حكمهما نافذاً إلا بإذن المحكوم عليه؛ لأن الوكيل لا ينفذ تصرفه إلا بإذن الموكل.

(١) سورة النساء، الآية ٣٥.

(٢) بداية المجتهد، ٣/ ١١٧. شرح الخرشي، ٤/ ٧. أسنى المطالب، ٣/ ٢٤٠. المغني، ٧/ ٣٢١.

مذاهب الفقهاء:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول:

ورأى أصحابه أنَّهما وكيلان للزوجين، لا يملكان التفریق إلا بإذنهما. وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، وقول عند المالكية، والأصح عند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، والظاهرية.^(١)

وبناء على هذا المذهب: فليس للقاضي سلطة التفریق جبراً إلا برضا الزوج. وما الحال إذا بالنسبة لسوء العشرة، هل يجبران على استمرار المعيشة

عليها؟

والإجابة أنهما لا يجبران على سوء العشرة، بل على القضاء في هذه الحالة أن يسعى في معرفة المسيء، وأن يردعه عن إساءته، ويستوفي منه الحق، بما يقرره الشرع.

ولكن الإمام ابن العربي قال رداً على هذا: تكون الفرقة كما قال علماءنا لو وقع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة. فإن قيل: إذا ظهر الظلم من الزوج أو الزوجة فظهر الظلم لا ينافي النكاح، بل يؤخذ من الظالم حق المظلوم ويبقى العقد. قلنا: هذا نظر قاصر، يتصور في عقود الأموال؛ فأما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتألف وحسن التعاشر؛ فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة.^(٢)

وبناء على هذا المذهب:

فإن حدث الشقاق، وامتنع عن التوكيل (يعني توكيل الحكيمين) فعند الحنابلة لا يجبران عليه، ولا يعين القاضي حكيمين إلا بإذنهما؛ لأن التوكيل لا يكون جبراً، بل القاضي في هذه الحالة يسعى في معرفة الظالم وردّه عن ظلمه على نحو ما سبق.^(٣)

(١) فتح القدير، للشيخ الكمال بن الهمام الحنفي، ٤/ ٢٤٤، ط دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ. حاشية الدسوقي، ٢/ ٣٤٥. العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، للإمام عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، ٨/ ٣٩١، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ، ١٩٩٧ م. المغني، ٧/ ٣٢١. المحلى بالآثار، ٩/ ٢٤٨.

(٢) أحكام القرآن، الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله الشهير بابن العربي، ١/ ٥٤١، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

(٣) كشاف القناع، ٥/ ٢١١.

أما عند الشافعية فاللجوء إلى الحكامين واجب إن استحكم الشقاق ، وإن كان حكمهما لا ينفذ إلا برضا الزوجين، ولم تفلح محاولات الإصلاح؛ ذلك لأمر الآية به، ولأنه من باب دفع الظلم وهو من الفروض العامة على القاضي. (١)

المذهب الثاني:

أن الحكامين حاكمان سواء وُلِّيَا من قبل الحاكم، أو من الزوجين، وسواء دخل بها الزوج أم لا، وَلَهُمَا أَنْ يَفْعَلَا مَا يَرِيَانِ مِنْ جَمْعٍ وَتَفْرِيقٍ، بِعَوَضٍ وَغَيْرِ عَوَضٍ، وَلَا يَحْتَأَجَانِ إِلَى تَوَكُّيلِ الزَّوْجَيْنِ وَلَا رِضَاهُمَا، وَلَا رِضَا الْحَاكِمِ، وَلَهُمَا أَنْ يَقِيمَا حَاكِمًا وَاحِدًا.

وهو المشهور من مذهب الإمام مالك، ويحكى عن الإمام الشافعي في الإماء، ورواية عن الإمام أحمد، وَرَوِي نَحْوُهُ عَنِ السَّادَةِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَالشَّعْبِيِّ وَالنَّخَعِيِّ.

واشترط المالكية لنفذ الحكم ألا يحكما بأكثر من طليقة فلا ينفذ ما زاد على واحدة؛ لأن الزائد خارج عن معنى الإصلاح الذي بعثنا إليه فللزوج رد الزائد، وهو قول مطرف وابن الماجشون. وقال ابن القاسم وأصبع ينفذ قولهما، والأول هو ما استقر الأمر عليه عند المتأخرين. (٢)

وبناء على هذا المذهب:

فالقاضي ملزم إن لم تفلح محاولات الإصلاح أن يرسل الحكامين، وإن لم يرض الزوجان، وينفذ حكمهما دون الرجوع إلى القاضي.

مع ملاحظة أن هذا الأمر عند المالكية في الحالة التي يشتبه فيها الأمر فلا يعلم من المسيء، أو ادعت الزوجة الضرر إلا أنها لم تثبته، أو كان الضرر من قبل الزوجة، أو كان الضرر من قبل الزوج وأثبتته إلا أنها لم تطلب التطلاق للضرر. أما لو كان الضرر من قبل الزوج، وأثبتته الزوجة، فلها في هذه الحالة طلب التطلاق للضرر على النحو الذي تم تفصيله في المبحث السابق.

(١) تحفة المحتاج، ٧/ ٤٥٧. نهاية المحتاج، ٦/ ٣٩٢.

(٢) المنتقى، ٤/ ١١٤. أحكام القرآن لابن العربي، ١/ ٥٤٢. شرح الخرشي، ٤/ ٩. حاشية الدسوقي، ٢/ ٣٤٤.

الشرح الكبير للرافعي، ٨/ ٣٩١. المغني، ٧/ ٣٢١.

وبناء على هذا المذهب:

فإن تعذر الإصلاح بين الزوجين فلهما ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن تكون الإساءة من جانب الزوج فيحكم الحكمان بالطلاق، وبناء عليه فالزوجة تأخذ حقوقها المترتبة على الطلاق كاملة.

الحالة الثانية: أن تكون الإساءة من الزوجة فيما أن يأتئناها عليها، بأن يأمرها بالصبر عليها ومحاولة إصلاحها، وإن رأيا أن الزوج متمسك بالفراق، أو أن الزوجة لن تستقيم معه بحال حكما له بالخلع بالبدل الذي يريانه، وإن كان أكثر من الصداق، وهو معنى قوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (١)

الحالة الثالثة: أن تكون الإساءة منهما معا فقولان عند المالكية:

الأول: يحكمان بالطلاق بلا خلع، وبناء عليه تأخذ الزوجة كامل حقوقها، وذلك في حالة عدم رضا الزوجة بالبقاء معه.

الثاني: أن يحكما بالخلع عليها إلا أنه لا يكون مقابل كامل الصداق، أو أكثر منه كما في الحالة الثانية، بل يكون بعوض أقل يقدره الحكمان حسب نظرهما في قدر الإساءة من الطرفين. وعلى هذا أكثر أشياخ المالكية، وقيل بل أكثرهم على الأول. (٢)

المذهب الثالث:

الحكمان شاهدان عند الحاكم بما علمًا فلا ينفذ طلاقهما إلا إذا رضي به الحاكم ونفذه. وهو قول عند المالكية ذكره الشيخ الدسوقي. (٣) وهذا المذهب كسابقه إلا أنه يختلف في أن حكم الحكمين لا ينفذ إلا بإنفاذ القاضي.

(١) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٩.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي، ١ / ٥٤١. شرح الخرشي، ٤ / ٩. حاشية الدسوقي، ٢ / ٣٤٥. حاشية الصاوي، ٢ / ٥١٤.

(٣) حاشية الدسوقي، ٢ / ٣٤٥. وانظر كلام العدوي في حاشيته على شرح الخرشي، ٤ / ١٠.

أدلة المذاهب:

دليل مذهب الجمهور:

(١) استدل بأن البُضْعَ حَقُّ الزوج، وَالْمَالُ حَقُّهَا، وَهُمَا رَشِيدَانِ، فَلَا يَجُوزُ لغيرِهِمَا التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا بِوَكَالَةٍ مِنْهُمَا، أَوْ وَلَايَةٍ عَلَيْهِمَا. وَلِأَنَّهُ قَدْ يَدَّعِي أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ أَنَّ ذَلِكَ الطَّلَاقَ خَافَ الْمَصْلَحَةَ. (١)

مناقشة هذا الدليل:

لَا يَمْتَنِعُ أَنْ تَنْبُتِ الْوَلَايَةُ عَلَى الرَّشِيدِ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ مِنْ أَدَاءِ الْحَقِّ، كَمَا يَقْضِي الدَّيْنُ عَنْهُ مِنْ مَالِهِ إِذَا امْتَنَعَ، وَيُطَلَّقُ الْحَاكِمُ عَلَى الْمُؤَلِّي إِذَا امْتَنَعَ. (٢)

(٢) لَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُطَلِّقَ وَلَا يُبْرِئَ مِنْ مَالِهِمَا فَكَيْفَ يَفْعَلُ ذَلِكَ نَائِبُهُ. فَلَا خِلَافَ أَنَّ الزَّوْجَ لَوْ أَفْرَأَ بِالْإِسَاءَةِ إِلَيْهَا لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا، وَلَمْ يُجْبِرْهُ الْحَاكِمُ عَلَى طَلَقِهَا قَبْلَ تَحْكِيمِ الْحَكَمَيْنِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَفْرَأَتِ الْمَرْأَةُ بِالنُّشُوزِ لَمْ يُجْبِرْهَا الْحَاكِمُ عَلَى خُلْعٍ وَلَا عَلَى رَدِّ مَهْرِهَا؛ فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ حُكْمُهُمَا قَبْلَ بَعْثِ الْحَكَمَيْنِ فَكَذَلِكَ بَعْدَ بَعْثِهِمَا لَا يَجُوزُ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ مِنْ جِهَتِهِمَا مِنْ غَيْرِ رِضَى الزَّوْجِ وَتَوَكُّلِهِ، وَلَا إِخْرَاجِ الْمَهْرِ عَنْ مِلْكِهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا. (٣)

استدل الإمام مالك، ومن وافقه في نفاذ حكم الحكيم بالكتاب، والأثر:

أما الكتاب

فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (٤)

وَجِهَ الدَّلَالَةُ: أَنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ وَتَعَالَى سَمَاهُمَا حَكَمَيْنِ، وَلَمْ يَعْتَبِرْ رِضَى الزَّوْجَيْنِ ثُمَّ قَالَ ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا﴾ (٥) فَخَاطَبَ الْحَكَمَيْنِ بِذَلِكَ، وَالْوَكِيلُ لَا يُسَمَّى حَكَمًا. (٦)

(١) حاشية الدسوقي، ٢/ ٣٤٥. الشرح الكبير للرافعي، ٨/ ٣٩١. المغني، ٧/ ٣٢١.

(٢) المغني، ٧/ ٣٢٢.

(٣) أحكام القرآن للحصاص، ٢/ ٢٧١. فتح القدير، ٤/ ٢٤٤.

(٤) سورة النساء، جزء من الآية ٣٥.

(٥) سورة النساء، جزء من الآية ٣٥.

(٦) فتح القدير، ٤/ ٢٤٤. أحكام القرآن لابن العربي، ١/ ٥٣٩. حاشية الدسوقي، ٢/ ٣٤٤. الشرح

الكبير للرافعي، ٨/ ٣٩١. المغني، ٧/ ٣٢١.

مناقشة هذا الدليل: القول بعود الضمير على الحكمين في قوله تعالى ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا﴾ (١) على الحكمين لا يسلم لكم؛ قال الإمام القرطبي في المراد بالآية: يَعْنِي الْحَكَمَيْنِ، فِي قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَمُجَاهِدٍ وَغَيْرِهِمَا. أَيِ إِنْ يُرِيدُ الْحَكَمَانِ إِصْلَاحًا يُؤَوِّقُ اللَّهُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ. وَقِيلَ: الْمُرَادُ الزَّوْجَانِ، أَيِ إِنْ يُرِيدُ الزَّوْجَانِ إِصْلَاحًا وَصِدْقًا فِيمَا أَخْبَرَا بِهِ الْحَكَمَيْنِ يُؤَوِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا. وَقِيلَ: الْخَطَابُ لِلأَوْلِيَاءِ. (٢)

وأما الأثر:

(١) عَنْ عبيدة السلماني قال: جَاءَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ إِلَى عَلِيٍّ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَنَامَ مِنَ النَّاسِ، فَلَمَّا بَعَثَ الْحَكَمَيْنِ قَالَ رُوَيْدِكُمَا حَتَّى أَعْلَمَكُمَا مَاذَا عَلَيْكُمَا هَلْ تَدْرِيَانِ مَاذَا عَلَيْكُمَا؟ إِنَّكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا جَمْعَتُمَا، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَفْرَقَا فَرَقْتُمَا، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى الْمَرْأَةِ فَقَالَ «قَدْ رَضِيتَ بِمَا حَكَمْنَا؟» قَالَتْ: نَعَمْ رَضِيتُ بِكِتَابِ اللَّهِ عَلَيَّ وَلِي، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى الرَّجُلِ فَقَالَ «قَدْ رَضِيتَ بِمَا حَكَمْنَا؟» قَالَ: لَا وَلَكِنْ أَرْضَى أَنْ يَجْمَعَا وَلَا أَرْضَى أَنْ يُفْرَقَا فَقَالَ عَلِيٌّ «كَذَبْتَ وَاللَّهِ لَا تَبْرَحُ حَتَّى تَرْضَى بِمِثْلِ الَّذِي رَضِيتَ». رواه الإمام النسائي في السنن الكبرى، وغيره، (٣) قال الحافظ ابن حجر: وَرَوَاهُ النَّسَائِيُّ فِي الْكُبْرَى، وَالدَّارَقُطْنِيُّ، وَالْبَيْهَقِيُّ، وَإِسْنَادُهُ صَحِيحٌ. (٤)

وجه الدلالة: أن سيدنا عليا أجبره على قبول حكم الحكمين بقوله "حتى تقر" أي ليس لك أن تمتنع، بل عليك أن تتقاد بحكم الله تعالى، كما انقادت. (٥)

مناقشة هذا الدليل: نوقش بأنه لم يجبر على حكمهما، بل إنه اعتبر إقرار الزوجين، فدل على عدم الإجبار وإلا لما طلب الإقرار، ولذلك قال الإمام علي "لَا تَبْرَحُ

(١) سورة النساء، جزء من الآية ٣٥.

(٢) فتح القدير، ٤/ ٢٤٤. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٥/ ١٧٥. حاشية الدسوقي، ٢/ ٣٤٤. الشرح الكبير للرافعي، ٨/ ٣٩١. المغني، ٧/ ٣٢١.

(٣) انظر: سنن الإمام النسائي الكبرى، كتاب المزارعة، باب الشقاق بين الزوجين، رقم ٤٦٦١، ٤/ ٤٢١، ط مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠١ م. مصنف الإمام عبد الرزاق الصنعاني، كتاب الطلاق، باب الحكمين، رقم ١١٨٨٣، ٦/ ٥١١، ط المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ.

(٤) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الإمام ابن حجر العسقلاني، ٣/ ٤٣١، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ، ١٩٨٩ م.

(٥) فتح القدير، ٤/ ٢٤٤.

حَتَّى تَرْضَى بِمَثَلِ الَّذِي رَضِيتَ" وَكُلُّ مَا وَرَدَ عَنِ السَّلَفِ أَنَّ فِعْلَ الْحَكَمَيْنِ جَائِزٌ عَلَيْهِمَا فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى رِضَاهُمَا؛ إِذْ لَمْ يَنْصُوا عَلَى أَنَّهُ جَائِزٌ بِغَيْرِ رِضَا الزَّوْجَيْنِ. (١)

(٢) عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: بُعِثْتُ أَنَا وَمُعَاوِيَةُ حَكَمَيْنِ، فَقِيلَ لَنَا: «إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا جَمْعَتُمَا، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَفْرَقَا فَرَقْتُمَا». قَالَ مَعْمَرٌ: وَبَلَّغَنِي أَنَّ الَّذِي بَعَثَهُمَا عُثْمَانُ. رَوَاهُ الْإِمَامُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ الصَّنْعَانِيُّ فِي مَصْنَفِهِ. (٢)

مناقشة هذا الدليل: نوقش هذا الدليل بنفس ما نوقش به الدليل السابق.

دليل المذهب الثالث القائل بأن الحكمين شاهدان، وحكمهما ينفذ إن رضيه

الحاكم.

ذكر هذا المذهب ولم يستدل له، وإن كان يمكن الاستدلال له بأن التفريق بين الزوجين إنما يكون عن طريق القضاء، وبناء عليه فلا يكون للحكمين إنفاذه إنما إنفاذه إلى القاضي.

ودور الحكمين هو محاولة الإصلاح، وإلا فالنظر لما يتم به رفع الظلم بالطلاق، أو الخلع، أو البقاء، والنظر هنا من قبيل المساعدة للقاضي، أو التمهيد له، ثم للقاضي بعد ذلك النظر فيما رفعاه من حكم، وما قدماه من معطيات ليرى هل يحكم بمقتضاه، أو يكون له رأي آخر، والله أعلى، وأعلم.

الراجع:

بعد عرض أدلة الفقهاء أرى والله أعلم أنها جميعا لم تسلم من المعارضة، والمناقشة.

والذي يطمئن إليه القلب أن الشرع يعمل على الجمع قدر الإمكان بين الزوجين، كما أن الشرع يدعو إلى رفع الظلم عن المظلوم، والأخذ على يد الظالم، وأيضا من المعلوم شرعا بالدليل القطعي الثبوت، والدلالة أن الطلاق بيد الزوج، فلا نجعله بيد القاضي إلا إذا دل الدليل على ذلك.

وبناء على ما سبق فأرى أن ما استدل به القائلون بِنفاذ حكم الحكمين على الزوجين، أو نفاذ حكم القاضي بالتفريق عليهما ولو بلا رضاهما مما لا تطمئن إليه النفس، بل يجب أن يرض المحكوم عليه بالحكم، وهو مذهب الجمهور.

(١) فتح القدير، ٤/ ٢٤٤. الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي، ٥/ ١٧٧. الشرح الكبير للرافعي، ٨/ ٣٩١.

(٢) مصنف الإمام عبد الرزاق الصنعاني، كتاب الطلاق، باب الحكمين، رقم ١١٨٨٥.

وبالرغم من ترجيحي لمذهب الجمهور بناء على ما دل عليه الشرع من كون الطلاق بيد الزوج إلا أن الواقع الحالي يجعلنا نميل في التطبيق إلى مذهب الإمام مالك، ولكن بعد استنفاد الوسع والجهد في رد الظالم عن ظلمه.

وإنما ذهبت إلى هذا نظرا لما يشهده الواقع من خراب للذمم، وعدم امتثال لرأي الدين، واحتراف كثير من الناس للأساليب المتلوية، والتي يمكن من خلالها أن يستغل الزوج هذا الأمر ليضر الزوجة ويتركها كالمعلقة؛ مستغلا اشتراط رضاه بحكم الحكيم، فيتفادى هذا الأمر بمحاولة الإصلاح، ورفع الظلم، وإجبار الزوج، أو الزوجة على البقاء، وإلا حكم المحكمان.

ولذلك أرى والله أعلم أن يكون العمل في الشقاق على النحو الآتي:

(١) أن يعمل المصلحون إن لم يرفع الأمر إلى القضاء، أو القاضي إن رفع إليه الأمر على الإصلاح بين الزوجين، وإزالة أسباب الشقاق، ولو صلحا مع تنازل أحد الطرفين عن بعض حقوقه جمعا للكلمة، ودرءا للفرقة.

(٢) إن لم تقلح محاولات الإصلاح، أرسل القاضي الحكيم.

(٣) إن ترتب على الخطوة السابقة حكم من الحكيم، ورضي به المحكوم عليه زوجا، أو زوجة فيها ونعمت.

أما إن لم يرض به الزوجان، كأن لم ترض الزوجة بالخلع، أو لم يرض الزوج به، أو لم يرض الزوج بالطلاق ففي هذه الحالة يأخذ القاضي على يد المسيء، ويمنعه من الظلم، ويعاقب عليه إن كان مما يقتضي العقاب، فإن كان النشوز من قبل المرأة أمرها بالرد إلى الطاعة، وإن كان من قبل الزوج أمره بإعطاء المرأة حقوقها، وإن كان أحدهما قد ارتكب في حق الآخر ما يقتضي العقاب كالسب والشتم، أو الضرب، أو غيره عزره بما يراه، ولا يجبر الراض للتحكيم على ما لا يرضاه.

(٤) إن تكررت الإساءة من نفس الشخص مرة أخرى أرسل القاضي الحكيم مرة أخرى للإصلاح فإن تم فيها، ونعمت، وإلا كان حكم القاضي على المسيء بما يراه، طلاقا، أو خلعا ويكون نافذا رفعا للضرر عن المضرور، والله أعلى وأعلم.

نوع الطلاق الذي يحكم به الحكمان:

إن حكم الحكمان بالطلاق، ونفذ سواء بإنفاذ الحاكم، أو برضا الزوجين فهل يكون رجعيا أم بائنا؟

قال الإمام ابن العربي:

إِذَا حَكَمًا بِالْفِرَاقِ فَإِنَّهُ بَائِنٌ لَوَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا كَلْبِيٌّ ، وَالْآخَرُ مَعْنَوِيٌّ . أَمَّا الْكَلْبِيُّ فَكُلُّ طَلَاقٍ يُنْفِذُهُ الْحَاكِمُ فَإِنَّهُ بَائِنٌ .
الثَّانِي : أَنَّ الْمَعْنَى الَّذِي لِأَجْلِهِ وَقَعَ الطَّلَاقُ هُوَ الشَّقَاقُ ، وَلَوْ شَرَعَتْ فِيهِ
الرَّجْعَةُ لَعَادَ الشَّقَاقُ ، كَمَا كَانَ أَوَّلَ دَفْعَةٍ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ يُفِيدُ شَيْئًا ؛ فَامْتَنَعَتْ الرَّجْعَةُ
لِأَجْلِهِ. (١)

ويمكن مناقشة الإمام ابن العربي في المعنى الأول، فإن الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة يكون رجعيًا عند المالكية، فإذا أيسر الزوج بها في فترة العدة فإن الزوج ترجع إليه.

فلا يبقى إلا المعنى الثاني، وهو أنه إن كان رجعيًا لما حصل منه المقصود برفع الضرر؛ لإمكانية أن يردها الزوج مرة أخرى إلى عصمته، وهو مضر بها، والله أعلى وأعلم.

المطلب الثالث: التطليق للضرر بحكم الحكيم في الشقاق في القانون، والموازنة بينه وبين الفقه الإسلامي.

الناظر في المواد الحاكمة للشقاق بين الزوجين في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، المعدل بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ يتبين له الآتي: (٢)

(١) أن أحكام الشقاق تثبت إذا رفعت الزوجة طالبة الطلاق للضرر، ولم يثبت الضرر، وتكررت شكاؤها رغم عدم الثبوت. (مادة ٦)

(٢) أخذ القانون بما أثبتته سائر الفقهاء من وجوب محاولة الإصلاح بين الزوجين. (مادة ٦)

(٣) أثبت القانون للحكيم أن يكونا من أهلها ما أمكن وأن يكونا عدلين، وأن تكون لهما القدرة على الإصلاح. وهو مماثل لما ذهب إليه جمهور الفقهاء. (مادة ٧)

(٤) حكم الحكيم نافذ بإنفاذ القاضي له، وهو في هذا مطابق لما ذهب إليه بعض المالكية على ما ذكره الشيخ الدسوقي. إلا أن القاضي لا يلزم بحكم الحكيم بل له أن يستعين بما قرراه، أو بغيره فقد نصت المادة ١٩ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على

(١) أحكام القرآن لابن العربي، ١/ ٥٤٢.

(٢) انظر ص ٤٠.

أنه "في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون نذب حكمن يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من اهله - قدر الامكان - في الجلسة التالية على الأكثر - فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه، أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه .

وعلى الحكمن المثل أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما؛ ليقررا ما خلاصا اليه معا، فان اختلف، أو تخلف أيهما عن الحضور، تسمع المحكمة أقوالهما أو اقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تاخذ بما انتهى اليه الحكمان، أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقية من أوراق الدعوى"

(٥) يحكم الحكمان بالفرقة إن عجزا عن الإصلاح فإن كانت الإساءة من الزوج فالطلاق عليه، وإن كان من الزوجة فالخلع، وإن كان منهما معا اقترحا التطليق بلا بدل، أو ببدل يناسب نسبة الإساءة، وهو في هذا يوافق السادة المالكية فيما قرروه.

إلا أن القانون أثبت حالة رابعة، وهي حالة عدم التوصل إلى المسيء، وهنا قرر القانون الطلاق بلا بدل. (مادة ١٠)

(٦) بناء على القانون فإن زواج الزوج من ثانية يرجح كفة الزوجة على الزوج، ويعتبر الزوج مسيئا، وسبقت مناقشة هذا الأمر فيما سبق.

(٧) إذا اختلف الحكمان قرر القانون التزويد بثالث، فإن استمر الاختلاف، وعجزت المحكمة عن الإثبات، والإصلاح وأصرت الزوجة على الفراق فإن المحكمة تحكم بتطليق الزوجة طلاقه بائنة، مع سقوط حقوقها، بل وتدفع تعويضا إن رأت المحكمة ذلك. (مادة ١١)

ومن هنا يظهر أن الخلع كان قائما في قانون الأحوال الشخصية قبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ في الحالة التي تكره فيها الزوجة العشرة، وتصمم على الطلاق على الرغم من أنه لم يثبت عليها ضرر.

ويظهر أيضا أن القانون أثبت هذا الخلع جبرا على الزوج، بمعنى كونه تفريقا قضائيا، وهو في هذا الأمر يستند إلى مذهب من قال بأن الزوج يجبر على الخلع إن كانت الزوجة هي الكارهة، وهو مذهب بعض الفقهاء، وسيأتي تفصيله، ومناقشته إن شاء الله تعالى في المطلب الثاني من المبحث الثالث.

(٧) يختص بمحاولة الإصلاح بين الزوجين مكاتب تسوية المنازعات في محاكم الأسرة، وتسبق مرحلة التقدم إلى مكاتب تسوية المنازعات مرحلة إرسال

المحكمن، بحيث إذا فشل جهد مكتب التسوية في رفع الخلاف يرفع الأمر إلى المحكمة لتعيين المحكمن، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الأمر، والانتقادات الموجهة إليه.^(١)

الموازنة بين التطبيق للضرر للشقاق بين الفقه والقانون:

بالنظر إلى ما قرره القانون في مسألة الطلاق للشقاق فإنني أرى والله أعلم أنه لا يوجد في أحكام القانون المنظمة للتطبيق للشقاق ما يمكن أن يصادم شرعا. فالقانون أخذ بالمذهب المالكي في المسألة من حيث وجوب إرسال الحكمن، ونفاذ حكمهما بإنفاذ القاضي وهو رأي عند المالكية ذكره الشيخ الدسوقي. كما أن شروط الحكمن، واستحباب كونهما من أهل الزوجين إن أمكن كل هذا مما يوافق الفقه الإسلامي. ومحاولة الإصلاح من خلال مكاتب تسوية المنازعات مما يؤيده الشرع، وينادي به الفقه.

إلا أن ثلاثة أمور جديرة بالنظر:

أولها: ما ذكرناه من ملاحظات على مسألة زواج الزوج من ثانية، وتشكيل مكاتب تسوية المنازعات.

ثانيها: ما قرره القانون من حالة رابعة لم يذكرها الفقه وهي الحالة التي استقر فيها الحكمان على أنه لا يعرف المسيء حيث قرر القانون الحكم بالطلاق على الزوج.

وهنا يأتي السؤال: لما لم يعرف المسيء فلماذا يعاقب الزوج إذا؟

فأرى والله أعلم أنه في هذه الحالة ينبغي ألا يحكم على الزوج، ولا على الزوجة بل يحكم ببقاء الزوجية، ويوقف الأمر على ما يرضاه أحدهما؛ إن رضي الزوج بالطلاق فيها، ونعمت، وإن رضيت الزوجة بالخلع فمثل ذلك.

أما أن يعاقب الزوج، ولم نتأكد من إساءته فهذا مما لا أرى له مكانا من النظر، والفقه، والله أعلى وأعلم.

ثالثها: وهو أمر أشار إليه د: أبو زهرة، وهو أن التحكيم لا يكون إلا في الحالة التي لا تثبت فيها الزوجة الضرر، بينما التحكيم يكون لأي خلاف بين الزوجين على ما ذكرته الآية، فينبغي أن يكون التحكيم إذا كانت هناك شكوى من الزوج أيضا بناء على ما أجمع عليه الفقهاء لا قصره على حالة واحدة، والله أعلم.^(٢)

(١) انظر ص ٤٩.

(٢) انظر الأحوال الشخصية للدكتور أبو زهر، ص ٣٦٢.

المبحث الثالث

التفريق بالخلع.

هذا هو الموضوع الثالث من المواضع التي يكون التفريق قضائيا فيها بسبب سوء العشرة، والأصل فيه أن يكون الكره من قبل المرأة، فلذلك تكون التبعات عليها، من حيث التنازل على حقوقها.

وقانون الخلع في مصر قد أثار جدلا واسعا قديما، وحديثا؛ من مطالب بتعديله، ومطالب بإلغائه، ومن قائل بمخالفته للشريعة الإسلامية، ومصرح بموافقه لها. وليبيان هذه الأمور والاعتراضات عقدت هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الخلع.

المطلب الثاني: التفريق بالخلع في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: التفريق بالخلع في القانون، والموازنة بينه وبين الفقه.

المطلب الأول: تعريف الخلع.

الْخُلْعُ لُغَةً بِالضَّمِّ: مِنْ الْخَلَعِ بَفَتْحِهَا وَهُوَ النَّزْعُ سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّ كَلَامَ مَنْ الزَّوْجَيْنِ لِبَاسُ الْآخِرِ قَالَ تَعَالَى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾^(١) فَكَانَتْهُ بِمُفَارَقَةِ الْآخِرِ نَزْعَ لِبَاسِهِ، وَهُوَ اسْمٌ مِنْ قَوْلِهِمْ: خَالَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، وَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ بِمَالِهَا.^(٢)

وشرعا: عرفه الشيخ البايرتي من الحنفية بأنه: أَخَذَ مَالٍ مِنَ الْمَرْأَةِ بِإِزَاءِ مَلِكِ النِّكَاحِ يَلْفِظُ الْخُلْعَ.^(٣)

وعرفه الشيخ خليل بن إسحاق صاحب المختصر من المالكية بأنه: الطلاق بعوض.^(٤)

وعرفه الشيخ زكريا الأنصاري من الشافعية بأنه: فُرْقَةٌ بِعَوَضٍ مَقْصُودٍ رَاجِعٍ إِلَى الزَّوْجِ.^(٥)

(١) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٧٨.

(٢) تهذيب اللغة، ١/ ٢١٤. العناية، ٤/ ٢١١. أسنى المطالب، ٣/ ٢٤١.

(٣) العناية، ٤/ ٢١١.

(٤) مختصر خليل مع التاج والإكليل، ٥/ ٢٦٧.

(٥) أسنى المطالب، ٣/ ٢٤١.

وعرفه الشيخ منصور البهوتي من الحنابلة بأنه: فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة. (١)

ومما سبق يمكن تعريف الخلع بأنه:

فرقة بين الزوجين بعوض راجع لجهة الزوج.

العلاقة بين الخلع، والتطليق للضرر:

يجتمع كل من الخلع، والتطليق للضرر في أن الفرقة فيهما تكون لمصلحة الزوجة، أو لرغبتها.

ويفترقان في أن الخلع يكون بعوض من الزوجة، أو غيرها؛ لأن الزوج لم يقصر في حق الزوجة بل هي الراغبة في الطلاق.

أما التطليق للضرر سواء أخذنا بمذهب من قال أنه يطبق جبرا على الزوج، أو أنه لا يكون إلا بإذنه لا يترتب عليه أن يسقط حق من حقوق الزوجة من مهر، أو قائمة منقولات، أو غيرها؛ لأن التقصير من قبل الزوج بالإضرار بها فلا يسقط لها حق، وذلك بخلاف الخلع حيث الرغبة من الزوجة في الفراق لغير تقصير من الزوج.

وهذا فارق هام ينبغي أن يؤسس ونحن بصدد الحديث عن الخلع، وهو أن الزوجة إذا كانت هي الطالبة للطلاق من غير تقصير من الزوج، أو الإضرار بها فإن للزوج في هذه الحالة أن يطالب بالعوض؛ لأنها هي الراغبة لا هو، وقد غرم قبل النكاح المهر ونفقات الزواج، وعليه أيضا غرم بسبب الطلاق فلا يتحمل هذا الغرم مع عدم رغبته فيه، إنما يتحملة الراغب وهو الزوجة.

وبناء عليه فلا يصح أن يطالب الزوج بالطلاق وبكل ما يترتب عليه من حقوق إذا لم يثبت ضرر، بل إذا أصرت الزوجة على الفراق، ولم يرض الزوج فلها ذلك على أن تفتدي نفسها بإسقاط حقها من طريق الخلع إذا رضي الزوج، والله أعلى وأعلم.

(١) الروض المربع شرح زاد المستنقع في شرح المقنع، الشيخ يونس بن منصور البهوتي، ط مكتبة دار البيان، الطبعة الثانية، ١٤٢٠ هـ، ١٩٩٩ م.

المطلب الثاني: التفريق بالخلع في الفقه الإسلامي.

سبق تعريف الخلع بأنه فرقة بين الزوجين بعوض راجع لجهة الزوج. ويتبين من هذا التعريف أن الفرقة في الخلع تختلف عن الطلاق، في كون الزوج هنا هو الذي يحصل على العوض لا المرأة كما في الطلاق.

ويظهر من هذا أن الخلع على خلاف الأصل في الفرقة بين الزوجين، والذي تحصل فيه المرأة على النفقة، والمتعة، وغيرها من حقوق المطلقات.

وسبب ذلك الخلاف أن الخلع يكون في الأصل بسبب من قبل الزوجة، فهي التي تطلبه لتفارق زوجها، والأصل فيه أن الزوج لا يسيء عشرتها بل الحال بينهما ملتئمة إلا أنها لا تريد الاستمرار في هذه الحياة لعدم قدرتها على معاشرته بالمعروف لأنها كرهت الرجل؛ قال الإمام ابن رشد: وَالْفَقْهُ أَنَّ الْفِدَاءَ إِنَّمَا جُعِلَ لِلْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا بَيَّدَ الرَّجُلُ مِنَ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الطَّلَاقُ بِيَدِ الرَّجُلِ إِذَا فَرَكَ الْمَرْأَةَ، جُعِلَ الْخُلْعُ بِيَدِ الْمَرْأَةِ إِذَا فَرَكَتِ الرَّجُلَ. (١)

وفي هذا المطلب عرض لحكم الخلع إذا توفر هذا السبب، وهل يجوز الخلع إذا كان الزوج هو الذي يسيء العشرة فبدلاً من أن تطلق المرأة للضرر وتأخذ حقوقها، تنتازل عن حقوقها مع أن سوء العشرة ليس من قبلها، كما أتعرض في هذا الفصل لمدى جواز إجبار الزوج على الخلع، فيطلق عليه، ويأخذ العوض وإن لم يرض به. ثم في النهاية أعرض للقانون ومدى موافقته لما ذكره الفقهاء من عدمه.

ولبيان ما سبق قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: حالات جواز الخلع.

الفرع الثاني: إجبار الزوج على الخلع.

الفرع الأول: حالات جواز الخلع.

عرفنا من مقدمة هذا المطلب أن الخلع يكون في الأصل لسبب من قبل الزوجة، إلا أن الخلع قد يقع من الزوجة بسبب سوء عشرة الزوج، أو إضراره بها حتى تختلع منه، فهل يصح الخلع في تلك الحالات التي تكون الإساءة فيها من الزوج؟ يمكن تلخيص أقوال العلماء في حالات جواز الخلع إلى خمسة أقوال كما ذكر الإمام ابن رشد:

(١) بداية المجتهد، ٣ / ٩٠.

- الأول: الخلع لا يجوز أصلاً، وهو قول بكر بن عبد الله المزني.
- الثاني: لا يجوز الخلع إلا إذا شاهدها تزني، وهو قول ابن سيرين، وأبي قلابة.
- الثالث: لا يجوز الخلع إلا إذا خاف ألا يقيما حدود الله، وهو قول الظاهرية.
- الرابع: يجوز الخلع في كل حال، ولو مع إضرار الزوج بالزوجة مع الإثم في حالة الضرر، وهو قول الحنفية.
- الخامس: يجوز الخلع في كل حال إلا في حالة الضرر، وهو قول جمهور العلماء. (١)

ويمكن بيان ما سبق مذاهب الفقهاء السابقة من خلال تقسيم حال الزوجين إلى التقسيم بحسب سبب الخلع لأن هذا البحث يتركز على أسباب الفرقة لسوء العشرة؛ لمعرفة ما يفرق به بين الزوجين، وما لا يفرق به، ولذلك يمكن تقسيم أسباب الخلع وبيان حكمها إلى ثلاثة أقسام: (٢)

(١) انظر: بداية المجتهد، ٣/ ٩٠.

(٢) عرض الشيخ علاء الدين المرادوي الحنبلي حالات الزوج مع الزوجة في الخلع عرضاً رائعاً في الإنصاف ٨/ ٣٨٣، ولروعه أنقله في هذا الموضوع للفائدة؛ قال رحمه الله:

اعلم أن للمختلعة مع زوجها: أحد عشر حالاً. أحدها: أن تكون كارهة له، مُبغضة لخلقِهِ وخلقِهِ، أو لغير ذلك من صفاته. وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقوقه الواجبة عليها. فالخلع في هذا الحال مباح، أو مستحب، على ما تقدم. الحال الثاني: كالأول، ولكن للرجل ميل إليها ومحبة. فهذه أدخلها القاضي في المباح، كما تقدم. ونص الإمام أحمد - رحمه الله - على أنه ينبغي لها أن لا تختلع منه، وأن تصبر. قال القاضي: قول الإمام أحمد "ينبغي لها أن تصبر" على طريق الاستحباب والاختيار. ولم يرد بهذا الكراهة لأنه قد نص على جوازه في غير موضع. ويحتمل دخول هذه الصورة في كلام المصنف. وقال الشيخ تقي الدين - رحمه الله - وكراهة الخلع في حق هذه متوجهة. الحال الثالث: أن يقع، والحال مستقيمة. فالمذهب: وقوعه مع الكراهة. وعنه: يحرم ولا يقع. وتقدم ذلك قريباً في كلام المصنف. الحال الرابع: أن يعضلها أو يظلمها، لتفندي منه. فهذا حرام عليه. والخلع باطل والعوض مردود، والزوجة بحالها، كما قال المصنف. الحال الخامس: كالأذي قبله، لكنها زنت. فيجوز ذلك. نص عليه وقطع به الأصحاب. وتأتي في أول كتاب الطلاق "هل زنا المرأة: يفسخ النكاح؟". الحال السادس: أن يظلمها أو يعضلها لا لتفندي، فتفندي. فأكثر الأصحاب: على صحة الخلع. وجرم به القاضي في المجرد. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وقال الشيخ تقي الدين - رحمه الله - لا يحل له ولا يجوز. الحال السابع: أن يكرهها فلا يحل له. نص عليه. الحال الثامن: أن يقع حيلة لحل النيمين فلا يقع. وتأتي المسألة في كلام المصنف في آخر الباب. الحال التاسع: أن يضربها ويؤذيها، لتركها فرصاً أو لنشور. فتخالعه لذلك فقال في الكافي: يجوز. قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله -: تعليق القاضي، وأبي محمد يعني به المصنف يقتضي أنها لو نشرت عليه: جاز له أن يضربها لتفندي نفسها منه. وهذا صحيح. الحال العاشر: أن يتنافراً أدنى مفارقة. فذكرها الحارثي في قسم المكره. قال: ويحتمل أن لا تصح المخالعة. الحال الحادي عشر: أن يمنعها كمال الاستمتاع، لتختلع. فذكر أبو البركات: أنه يكره على هذا الحال.

القسم الأول:

الخلع بسبب راجع لجهة الزوجة.

المرأة إذا كرهت زوجها، لخلقه، أو خلقه، أو دينه، أو كبره، أو ضعفه، أو نحو ذلك، وخشيت أن لا تؤدي حق الله تعالى في طاعته، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها جاز لها أن تخلعه بعوض تفتدي به نفسها منه.

قال الإمام الماوردي: فَأَمَّا الْكَرَاهَةُ فَهِيَ أَنْ تَكْرَهَ مِنْهُ إِمَّا سُوءَ خَلْقِهِ، وَإِمَّا سُوءَ فَعْلِهِ وَإِمَّا قِلَّةَ دِينِهِ وَإِمَّا فُبْحَ مَنْظَرِهِ وَهُوَ مُقِيمٌ بِحَقِّهَا، فَتَرَى لِكَرَاهَتِهَا لَهُ بِأَحَدِ هَذِهِ الْوُجُوهِ أَنْ تَفْتَدِيَ مِنْهُ نَفْسَهَا فَتَخَالَعُهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ مُبَاحًا. وَأَمَّا الْعَجْزُ فَيَكُونُ تَارَةً لِعَجْزِهِ عَنِ الْإِسْتِمْتَاعِ أَوْ الْمَالِ، وَأَمَّا الْعَجْزُ عَنْ كَثْرَةِ الْإِسْتِمْتَاعِ فَتَخَالَعُهُ لِجَلِّ الْعَجْزِ فَيَكُونُ الْخُلْعُ مُبَاحًا.

وهذا كما قلنا هو الأصل في الخلع وقد أجمع العلماء على صحة الخلع في

هذه الصورة ولم يخالف في هذا إلا بكر بن عبد الله المزني زاعما أن الخلع منسوخ، وقال ابن سيرين، وأبو قلابة لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا. (١)

الدليل على جواز وصحة هذه الصورة من الكتاب والسنة:

أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (٢)

وجه الدلالة: أن الله حظر على الزوج بهذه الآية أن يأخذ منها شيئا مما أعطاه إلا على الشريطة المذكورة، وهو قوله تعالى ﴿أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ (٣) قال طائوس "يعني فيما افترض على كل واحد منهما في العشرة والصحة" فدل ذلك على الجواز إذا تحقق الشرط. (٤)

أما الدليل من السنة: فعن ابن عباس قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله إنني ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، (وفي رواية ولكنني لا أطيقه)

(١) فتح القدير، ٤/ ٢١١. المنتقى، ٤/ ٦١. الحاوي، ١٠/ ٥. المغني، ٧/ ٣٢٣. المحلى، ٩/ ١١١.

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٩.

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٩.

(٤) أحكام القرآن للجصاص، ١/ ٥٣٣.

فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : «أَتْرُدُّنَّ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : «فَبِلِ الْحَدِيثَةِ وَطَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً» رواه الإمام البخاري. (١)

وجه الدلالة: واضح حيث أمر الرسول صلى الله عليه وسلم ثابتا بالخلع، وأخذ العوض، وأقر زوجته عليه بناء على عدم استطاعتها معاشرته بالمعروف.

دليل بكر بن عبد الله، وابن سيرين، وأبي قلابة:

استدل بكر بن عبد الله بقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ (٢) والآية حرمت أخذ ما أعطي للمرأة فدل على أنها ناسخة للخلع.

واستدل ابن سيرين وأبو قلابة بقوله تعالى ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾ (٣) فالآية حرمت أخذ شيء إلا إذا ثبتت الفاحشة. (٤)

مناقشة هذا الدليل:

رد الإمام ابن قدامة في المغني على هذا الاستدلال بالآية، والحديث المذكورين في الاستدلال على الخلع وقال إنه: قَوْلُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَغَيْرِهِمْ مِنَ الصَّحَابَةِ ، لَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ فِي عَصَرِهِمْ مُخَالَفًا، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا، وَدَعَاؤُ النَّسْخِ لَا تَسْمَعُ حَتَّى يَنْبُتَ تَعَدُّرُ الْجَمْعِ ، وَأَنَّ الْآيَةَ النَّاسِخَةَ مُتَأَخَّرَةٌ، وَلَمْ يَنْبُتْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ. (٥)

والراجع هو ما ذهب إليه عامة العلماء من جواز الخلع لهذا السبب لما ذكر من الأدلة، ولضعف دليل المعارض.

وهذا السبب هو السبب الرئيسي للخلع، وهو كراهية الزوجة للزوج، أو خوفها من أن لا تقيم حدود الله، وهو الذي ذكرته الآية الكريمة.

(١) انظر: صحيح الإمام البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع، وكيف الطلاق فيه، رقم ٥٢٧٣، وسائر أحاديث الباب.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٠.

(٣) سورة النساء، جزء من الآية ١٩.

(٤) انظر: المغني، ٧/ ٣٢٧.

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص، ١/ ٥٣٤. فتح القدير للكمال ابن الهمام، ٤/ ٢١٢. البناية، ٥/ ٥٠٧. الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي، ٣/ ١٤٠. المغني، ٧/ ٣٢٧. المحلى، ٩/ ٥١٢.

القسم الثاني:

الخلع بسبب راجع لجهة الزوج.

علم مما سبق أن الله سبحانه وتعالى شرع الخلع من أجل أن يكون فيه مندوحة للمرأة إذا كانت لا تستطيع العشرة بالمعروف مع الزوج، ولكن لما لم يكن للزوج يد في هذه الحالة التي وصلت إليها الزوجة؛ لأنه يحسن عشرتها كان من المناسب أن لا يغرم ما دفعه للزوجة؛ لأنه لا يد له في هذا الجفاء الذي صار بينهما.

إذا تقرر ما سبق ففي هذا القسم نبحث في حالة ما إذا كان الزوج هو السبب في الجفاء بين الزوجين، فهل يجوز في هذه الحال أن تخلع الزوجة، وتغرم هي مع أنها ليست المتسببة في ما صار بين الزوجين من الجفاء، وسوء العشرة؟

وقبل الخوض في هذه الحكم يجب أن نوضح أن العلماء أجمعوا على حرمة أخذ مال المرأة إلا إذا كان سوء العشرة من قبلها؛ قال الإمام القرطبي رحمه الله: وَأَجْمَعُوا عَلَى تَحْظِيرِ أَخْذِ مَا لَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ النَّشُوزُ، وَفَسَادُ الْعِشْرَةِ مِنْ قِبَلِهَا. (١)

إذا تقرر هذا فالكلام هنا هل يصح الخلع إذا كان السبب هو سوء عشرة الزوج، مع الاتفاق على حرمة أخذه المال في هذه الحالة؟ يمكن أن نجيب على هذا السؤال من خلال التفريق بين ثلاثة صور:

الصورة الأولى: أن يسيء الزوج عشرة الزوجة وهو لا يريد منها أن تخلعه.

الصورة الثانية: أن يكره الزوج الزوجة على الخلع بالتضييق عليها، وضربها.

الصورة الثالثة: أن يكره الزوج الزوجة على الخلع نظرا لوقوعها في

الفاحشة.

وفيما يلي بيان لكلام الفقهاء في هذه الصور.

أما الصورة الأولى:

فإن الخلع يصح مع الكراهة على مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وإنما كره نظرا لأنه مخالف لما ذكرته الآية سببا للخلع، وَلَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتَانًا وَإِنَّمَا

(١) انظر: تفسير القرطبي، ٣/ ١٣٧.

مُبِينًا^(١) فقد نَهَى اللهُ تَعَالَى عَنِ الْاِخْتِزَامِ مِنْهَا عِنْدَ عَدَمِ نُسُوزِهَا وَكَوْنِهِ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالِاسْتِئْذَالِ فَلَا يَزِيدُ فِي وَحْشَتِهَا بِاِخْتِزَامِ الْمَالِ.

وأما صحة الخلع فلأن النهي لمعنى في غيره، وهي زيادة الإيحاء، فلا يعدم مشروعيته كالبيع وقت النداء يوم الجمعة يجوز وكره.^(٢)

ولا يفوت أن يذكر أنه أتم لظلمه قال ابن قدامة: وَهَكَذَا لَوْ ضَرَبَهَا ظُلْمًا؛ لِسُوءِ خُلُقِهِ أَوْ غَيْرِهِ، لَا يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا، لَمْ يَحْرُمْ عَلَيْهِ مُخَالَعَتَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْضُلْهَا لِيَذْهَبَ بِبَعْضِ مَا آتَاهَا، وَلَكِنْ عَلَيْهِ إِنْ ظَلَمَ.^(٣)

وذهب السادة المالكية إلى أن الخلع لا يكون إلا إذا لم يكن للزوج فيه يد من حيث الضرر بالمرأة، فإن وقع الخلع في هذه الحالة، ثم ثبت بعد ذلك أنه كان يضر بها ولو بالسمع (يعني اشتهر في الناس أن هذا الزوج يضر بزوجته) فإنه يلزمه رد المال، قال الإمام الباجي: لِأَنَّهَا دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ غَيْرَ مُحْتَاجَةٍ لِدَفْعِهِ، وَإِنَّمَا دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ لِتَخَلُّصِ بِذَلِكَ مِنْ ضَرَرِهِ وَظُلْمِهِ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى تَرْكِ الظُّلْمِ، وَالتَّعَدِّيِّ عَوَضًا، فَعَلَى هَذَا يَرُدُّ مَا أَخَذَ مِنْهَا وَيَلْزِمُهُ مَعَ ذَلِكَ مَقْتَضَى الخلع، وهو أنها تبين منه؛ لأنه أوقعه باختياره، وروى عن الإمام مالك أنها رجعية لا بائنة.^(٤)

أما عن الضرر المقصود في كلام السادة المالكية فليرجع فيه إلى التفصيل الذي ذكرته قبل في ضابط الضرر.^(٥)

(١) سورة النساء، الآية ٢٠.

(٢) انظر: فتح القدير، ٤/ ٢١٥. البناية، ٥/ ٥١١. الحاوي، ١٠/ ٦. المغني، ٧/ ٣٢٦.

(٣) انظر: المغني، ٧/ ٣٢٧.

(٤) انظر: المنتقى، ٤/ ٦٤ - ٦٥. حاشية الدسوقي، ٢/ ٣٥٦. وقد فصل الشيخ قاسم التنوخي البينة المطلوبة لإثبات الضرر فقال: ما ذكر من أن لها أن تفتدي ولو بأكثر من صداقها هو المذهب بل وجميع ما لها وما ذكر أنها ترجع عليه إن كان يضرها هو كذلك أيضًا، إن كانت الشهادة بالقطع، وإن من لقيف الناس والجيران، وإن كانت بالسمع كذلك نعم اختلف في كيفيةها على خمسة أقوال حكاها المتطي فقول: نقبل ولو من لقيف الناس والجيران، وقيل: لا نقبل إلا من العُدول قاله ابن القاسم، وقيل: يكفي أن يكون السماع من النقات وقيل: لا تجوز فيه شهادة النساء إلا مع رجال والطلاق في معنى الحدود قاله مالك. (شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، للشيخ قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، ٢/ ٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م)

(٥) انظر ص ٢٧.

وأرجح عدم صحة الخلع في هذه الصورة؛ لأن الواجب على الزوج أن يحسن عشرة زوجته، ولأن الواجب في هذه الحالة إما اللجوء إلى التحكيم، أو حتى اللجوء إلى الطلاق للضرر على رأي المالكية، على ما سبق، وذلك لأن الخلع في هذه الحالة فيه ظلم للمرأة حيث لا تأخذ حقوقها مع أنه لا يد لها في سوء العشرة. أما وقوع الطلاق فإن قلنا الخلع فسخ فلا طلاق؛ لأنه وقع على نحو غير مباح، ولأن الزوج إنما أوقعه في مقابل البذل فلما لم يصح أخذه لم يقع، فهو كالطلاق المعلق على الحصول على البذل، فلما لم يحصل على البذل فقد فات المعلق عليه فلم يقع الطلاق.

أما إن قلنا الخلع طلاق ففي هذه الحال يقع الطلاق رجعيًا؛ لأن البيونة كانت في مقابل البذل فلما بطل البذل ما يقابله وهي البيونة، وبقي الطلاق الرجعي. وأظن والله أعلم أنه لا يبعد فقها أن يقال إن الطلاق لا يقع وإن قلنا إن الخلع طلاق، بناء على فساد الفعل، وفساده يقتضي بطلانه، وهو ما أميل إليه، والله أعلى أعلم.

وأما الصورة الثانية:

وهي صورة إكراه الزوج زوجته على الخلع، بضربها، وأذاها، أو بالتضييق عليها، وسوء معاشرتها، ومنعها حقوقها من النفقة، والسكنى، والقسم؛ حتى تختلع منه فيفر من الحقوق الواجبة لها بالطلاق.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين:

المذهب الأول: لا يصح الخلع، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إضافة لمن ذهب من الفقهاء إلى أن الخلع لا يصح إلا في حالة شقاق الزوجة. وقال الإمام ابن قدامة: رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعَطَاءٍ وَمَجَاهِدٍ وَالشَّعْبِيِّ وَالنَّخَعِيِّ وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَرُورَةَ وَعَمْرُو بْنَ شُعَيْبٍ وَحَمِيدَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَالزُّهْرِيَّ. (١)

المذهب الثاني: ذهب الحنفية إلى أن الخلع يصح مع الإثم الواقع على الزوج، وخبث المال الذي يأخذه. (٢)

(١) انظر: المنقلى، ٤ / ٦٤. الحاوي، ١٠ / ٦. المغني، ٧ / ٣٢٧.

(٢) انظر: فتح القدير، ٤ / ٢١٥.

أما دليل الحنفية فما ذكروه في استدلالهم على جواز الخلع إذا كان النشوز من قبل الزوج، إلا أنه لم يضارها، ويضيق عليها لتخالعه. (الصورة الأولى)

وأما كون المال حراما وخبيثا فيبينه قول الإمام الكمال بن الهمام رحمه الله: فَإِنَّ الْجَمَاعَ عَلَى حُرْمَةِ أَخْذِ مَالِ الْمُسْلِمِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَفِي إِمْسَاكِهَا، لَا لِرَغْبَةٍ، بَلْ لِإِضْرَارٍ وَتَضْيِيقٍ لِيَقْتَطَعَ مَالَهَا فِي مُقَابَلَةِ خُلَاصِهَا مِنْ الشَّدَّةِ الَّتِي هِيَ فِيهَا مَعَهُ مِنْ ذَلِكَ؛ وَقَالَ تَعَالَى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لْتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(١) فَهَذَا دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ عَلَى حُرْمَةِ أَخْذِ مَالِهَا كَذَلِكَ فَيَكُونُ حَرَامًا.^(٢)

وأما دليل الجمهور؛ فالكتاب، والمعقول:

أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾^(٣)

وقال الله تعالى ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾^(٤)

وأما المعقول: فلأنه عوضٌ أكرهن على بدله بغير حق، فلم يستحق، كالثمن في البيع، والأجر في الإجارة.^(٥)

حكم الطلاق الذي أوقعه الزوج بناء على هذا الخلع الفاسد:

اتفق الجمهور على أن الفداء باطل، وعلى أنه يجب على الزوج رد المال الذي أخذه، أما بالنسبة للطلاق الذي وقع بناء على هذا الفداء الباطل فالجمهور فيه ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أنه يقع بائنا؛ لأنه أوقعه باختياره. وهو مذهب الإمام مالك في المشهور عنه، والحنابلة بالتخريج على روايتهم القائلة: إن الخلع يصح بلا بدل.

(١) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٣١.

(٢) فتح القدير، ٤ / ٢١٦.

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٩.

(٤) سورة النساء، جزء من الآية ١٩.

(٥) المغني، ٧ / ٣٢٧.

المذهب الثاني: أنه يقع رجعيًا؛ لأن الرجعة إنما سقطت بالعرض، فإذا سقطت العرض سقطت الرجعة. وهي رواية عن الإمام مالك، ومذهب الشافعية، ورواية عند الحنابلة بناء على رواية على مذهبهم تقوم على أن الخلع طلاقه بآئنة.

المذهب الثالث: لا يقع شيء في هذه الصورة وهو رواية عند الحنابلة بناء على رواية في مذهبهم تقتضي أن الخلع فسخ؛ لأنه إنما رَضِيَ بِالْفَسْخِ هَاهُنَا بِالْعَوَضِ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعَوَضُ، لَا يَحْصُلُ الْمُعَوَّضُ. (١)

وأرجح في هذه الصورة ما رجحته في الصورة السابقة والله أعلم.

الضرب على النشوز ليس من الإكراه على الخلع:

كل ما تم ذكره في هذه الصورة إنما هو في حالة ما إذا أكره الزوج زوجته بالضرب، وغيره بغير حق، أما إذا كانت الزوجة ناشزا فضربها، أو منع منها النفقة لنشوزها، ثم خالعت فإن الخلع في هذه الحالة لا يكون حرامًا؛ لأنه لم يكرهها عليه إنما كان يفعل ما هو مآذون فيه شرعا يقول الإمام ابن قدامة:

فَأَمَّا إِنْ ضَرَبَهَا عَلَى نَشُوزِهَا، وَمَنَعَهَا حَقَّهَا، لَمْ يَحْرُمْ خُلْعُهَا لِذَلِكَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُهُمَا أَنْ لَا يَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ. (٢)

واستدل على ذلك الإمام ابن قدامة بما رواه الإمام أبو داود عن السيدة عائشة، أَنَّ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ، كَانَتْ عِنْدَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ فَضَرَبَهَا فَكَسَرَ بَعْضَهَا، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ الصُّبْحِ، فَاسْتَكْتَتْهُ إِلَيْهِ، فَدَعَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَابِتًا، فَقَالَ: «خُذْ بَعْضَ مَالِهَا، وَفَارِقْهَا»، فَقَالَ: وَيَصْلِحُ ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟، قَالَ: «نَعَمْ»، قَالَ: فَإِنِّي أَصْدَقْتُهَا حَدِيقَتَيْنِ، وَهُمَا بِيَدِهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خُذْهُمَا وَفَارِقْهَا»، فَفَعَلَ. (٣)

(١) انظر: المنتقى، ٤/ ٦٤. الأم، ٥/ ٢١٠. البيان في مذهب الإمام الشافعي للإمام العمراني، ١٠/ ٩، ط دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى. فتح العزيز شرح الوجيز، للإمام الرافعي، ٨/ ٣٩٦، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى. روضة الطالبين، ٧/ ٣٤٧. المغني، ٧/ ٣٢٧.

(٢) انظر: المغني، ٧/ ٣٢٧.

(٣) رواه الإمام أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب الخلع، رقم ٢٢٢٨. وقال محقق الكتاب: صحيح لغيره، وهذا إسناد حسن. (انظر: سنن أبي داود، بتحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره، ط دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م)

الصورة الثالثة:

إكراه الزوجة على الخلع لارتكابها الفاحشة

إذا أكره الزوج زوجته على الخلع بالتضييق عليها، أو ضربها لتفتدي منه بسبب ارتكابها لفاحشة الزنا فقد اختلف الفقهاء في هذا إلى مذهبين:

المذهب الأول: أن الخلع لا يصح، والمال مردود عليه، وتقع طلاقه بائنة، وهو مذهب المالكية روى الإمام ابن القاسم عن الإمام مالك: **فِيْمَنْ عَلِمَ مِنْ امْرَأَتِهِ بِالزَّوْنِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَارَهَا حَتَّى تَفْتَدِيَ**. وقال الإمام ابن رشد الجد رحمه الله: هذا مذهب مالك، وجميع أصحابه. (١) وهو قول للإمام الشافعي، (٢) وبالطبع هو مذهب من قال بعدم جواز الخلع إلا في حالة نشوز المرأة حتى قال ابن حزم في المحلى عن الخلع إذا ضبط زوجته على الفاحشة: **وَهَذَا لَا مَعْنَى لَهُ إِذَا رَأَى ذَلِكَ وَهِيَ مُحْصَنَةٌ حَلَّ لَهُ قَتْلُهَا**. (٣)

المذهب الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية في قول، والحنابلة إلى أن الخلع يصح في هذه الصورة، وسبق ذكر أن أبا قلابة لم يجز الخلع إلا في هذه الصورة. (٤)

دليل الجمهور:

استدل الجمهور بالقرآن والمعقول:

أما القرآن فيقولته تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ (٥)

وجه الدلالة:

قَالَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: **وَحَرَّمَ عَلَى الْأَزْوَاجِ أَنْ يَعْضُلُوا النِّسَاءَ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا أُوتِيْنَ، وَأَسَنَّتِي إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ، وَإِذَا أُتِيْنَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَهِيَ**

(١) انظر: المنقلى، ٤ / ٦٤. البيان والتحصيل، ٥ / ٢٣٣. التاج والإكليل، ٥ / ٤٢.

(٢) انظر: البيان، ١٠ / ١٠.

(٣) انظر: المحلى، ٩ / ٥٢٢.

(٤) انظر: فتح القدير، ٤ / ٢١٥. الأم، ٥ / ١٢٦. المغني، ٧ / ٣٢٨.

(٥) سورة النساء، جزء من الآية ١٩.

الزَّانَا، فَأَعْطَيْنَ بَعْضَ مَا أُوتِينَ لِيُفَارِقَنَّ حَلَّ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَمْ تَكُنْ مَعْصِيَتُهُنَّ
الزَّوْجَ فِيمَا يَجِبُ لَهُ بِغَيْرِ فَاحِشَةٍ أَوْلَى أَنْ نُحِلَّ مَا أُعْطِينَ مِنْ أَنْ يَعْصِينَ اللَّهَ وَالزَّوْجَ
بِالزَّانَا. أهد. (١)

مناقشة الاستدلال بهذه الآية:

قال الإمام ابن رشد الجد: والآية التي احتجوا بها، لا حجة لهم فيها؛ لأن
الفاحشة المبينة فيها من جهة النطق أن تبتذ عليه، وتشتتم عرضه، وتخالف أمره؛ لأن
كل فاحشة أتت في القرآن منوعة بمبينة، فهي من جهة النطق، وكل فاحشة أتت فيه
مطلقة، فهي الزنا، والاستثناء المذكور فيها منفصل، فمعنى الآية: لكن إن نشزن عليكم،
وخالفن أمركم، حل لكم ما ذهبتم به من أموالهن، معناه إذا كان عن طيب أنفسهن، ولا
يكون ذلك عن طيب أنفسهن إلا إذا لم يكن منهم إليهن ضرر ولا تضيق. (٢)

ورد على الآية أيضا بأنها نسخت بالأمر بالإمساك في البيوت، ثم نسخ ذلك
بالجلد، والرجم. (٣)

وأما المعقول:

فَلَأَنَّهُا مَتَى زَنَتْ ، لَمْ يَأْمَنْ أَنْ تَلْحَقَ بِهِ وَلَدًا مِنْ غَيْرِهِ ، وَتُفْسِدَ فَرَأَشَهُ ، فَلَا
تَقِيمَ حُدُودَ اللَّهِ فِي حَقِّهِ ، فَتَدْخُلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا
جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (٤)، (٥)

وهذا استدلال حسن، ومتوجه.

دليل الإمام مالك:

استدل المالكية ومن وافقهم بالقرآن والمعقول

أما القرآن فيقوله تعالى:

﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ
شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ (٦)

(١) انظر: الأم، ٥ / ١٢٦.

(٢) البيان والتحصيل، ٥ / ٢٣٤.

(٣) البيان، ١٠ / ١٠.

(٤) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٩.

(٥) المغني، ٧ / ٣٢٨.

(٦) سورة النساء، الآية ٢٠.

وجه الدلالة:

أنه إذا ضيق عليها حتى تغتدى منه، فقد أخذ مالها بغير طيب نفس منها، ولم يبيح الله ذلك إلا عن طيب نفس منها ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (١)، (٢)

مناقشة هذا الاستدلال: من الممكن مناقشة هذا الاستدلال بأن الآية عامة، وقد خصت بقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ (٣) فتخصص صورة إتيان المرأة بفاحشة من النهي عن أخذ ما أعطي النساء فلا يرد عليها النهي. وأما المعقول: فلأنه من الخلع المحظور؛ لأنه خلع أكرهت عليه بمنع حقها، فهو كما لو أكرهها بذلك من غير زنا. (٤)

والراجع في هذه المسألة:

ما ذكره الجمهور لقوة أدلتهم، وحسن توجيهها، وعدم سلامة أدلة المالكية من المعارضة، ويؤيده من المعقول أن المرأة لو أفلتت من العقاب لارتكابها الفاحشة، لستر الزوج عليها، ورأى الزوج مفارقتها فهل يحسن أن يطالب بدفع متعة، ونفقة، ومؤخر مهر لامرأة لم تحفظ له فراشا، ولا عرضا! فلا أقل من أن يفارقها ولا يعطي لها شيئا ردا على فعلها، والله أعلم.

القسم الثالث:

الخلع بلا سبب.

إذا كانت الحال بين الزوجين ملتزمة، ولا يسيء الزوج العشرة لزوجته بل يؤدي حقوقها، ففي هذه الحالة إذا طلبت الزوجة الخلع بلا سبب فقد اختلف العلماء في صحته إلى مذهبين:

(١) سورة النساء، جزء من الآية ٤.

(٢) البيان والتحصيل، ٥/ ٢٣٤. المقدمات الممهدة، ١/ ٥٥٤.

(٣) سورة النساء، جزء من الآية ١٩.

(٤) البيان، ١٠/ ١٠.

المذهب الأول: إن الخلع يصح وهو قول أكثر أهل العلم إلا أن الحنابلة في المشهور عندهم قالوا يصح مع الكراهة ، وقال الشافعية يصح ولا يكره. (١)

المذهب الثاني: لا يصح الخلع وهو ظاهر قول الإمام أحمد فإنه قال: **الْخُلْعُ مِثْلُ حَدِيثِ سَهْلَةَ، تَكَرَّرَ الرَّجُلُ فَتُعْطِيهِ الْمَهْرَ، فَهَذَا الْخُلْعُ.** قال الإمام ابن قدامة: **وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَكُونُ الْخُلْعُ صَحِيحًا إِلَّا فِي هَذِهِ الْحَالِ.** وهو قول ابن المنذر، والظاهرية، وحكي عن الزهري، وعطاء، والنخعي. قال ابن المنذر: وبه قال عوام أهل العلم، وخطرنا على الزوج أخذ شيء من مالها إلا أن يكون النشوز من قبلها، وروينا معنى ذلك عن ابن عباس، وعطاء ومجاهد، والشعبي، والنخعي، وابن سيرين، والقاسم ابن محمد، وعمرو بن شعيب، وعروة بن الزبير، والزهري، وحמיד ابن عبد الرحمن، وقتادة. اهـ. وهو اختيار الإمام ابن قدامة. (٢)

دليل مذهب الجمهور:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى:

﴿إِن طَبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ (٣)

وجه الدلالة:

أن الآية أباحت للزوج أخذ المهر كله أو بعضه من الزوجة إذا وهبته له؛ فإذا كان هذا مباحا للزوج بدون مقابل، فأباحته بمقابل وهو الفرقة كما في الخلع أولى. (٤)

مناقشة هذا الدليل:

أن لا دلالة فيما قلتم لأنه لا يلزم من الجواز في غير عقد، الجواز في المعاوضة؛ بدليل الربا، حرمه الله في العقد (وهو معاوضة) وأباحه في الهبة (بغير معاوضة) قاله الإمام ابن المنذر. (٥)

(١) انظر: فتح القدير، ٤/ ٢١٥. المنتقى، ٤/ ٦١. الحاوي، ١٠/ ٧. المغني، ٧/ ٣٢٦.

(٢) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء للإمام أبي بكر بن المنذر، ٥/ ٢٥٩، ط مكتبة مكة الثقافية، رأس

الخيمة، الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ، ٢٠٠٤ م. المغني، ٧/ ٣٢٦. المطي، ٩/ ٥١١.

(٣) سورة النساء، جزء من الآية ٤.

(٤) انظر: الحاوي الكبير، ١٠/ ٧. المنتقى، ٤/ ٦١. المغني، ٧/ ٣٢٦.

(٥) انظر: الإشراف، ٥/ ٢٦٠. المغني، ٧/ ٣٢٧.

دليل المذهب الثاني (لا يجوز الخلع بلا سبب)

استدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب، والسنة، والمعقول:

أما الكتاب فقولته تعالى:

﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (١)

وجه الدلالة:

الآية صريحة في التحريم إذا لم يخافا ألا يقيما حدود الله، ونفي الجناح (الإثم) في حالة الخوف دليل على وجوده في حالة عدم الخوف، والآية ختمت بالتعليق في الوعيد عما خالف ما جاء فيها. (٢)

وأما الدليل من السنة:

(١) عَنْ ثَوْبَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتَ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ، حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهَا أَنْ تُرِيحَ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ» (٣)

وجه الدلالة:

في الحديث الوعيد الشديد على طلب الطلاق لغير سبب، والخلع والحالة ملتزمة من هذا الباب، فهو يدل على تحريم الخلع لغير حاجة. (٤)

(٢) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ «الْمُنْتَزِعَاتُ وَالْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ» (٥)

(١) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٩.

(٢) انظر: المغني ٧/ ٣٢٦.

(٣) رواه الإمام ابن ماجه في سننه كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، ٢٠٥٤. ورواه الإمام أحمد في مسنده رقم ٢٢٣٧٩. ورواه الإمام الحاكم في مستدركه، كتاب الطلاق، رقم ٢٨٠٩، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٤) المغني، ٧/ ٣٢٦.

(٥) رواه الإمام النسائي في سننه الكبرى، كتاب الطلاق، باب الخلع، ٥٦٢٦. وصححه الألباني في صحيح الجامع، رقم ١٩٣٨ ط دار المكتب الإسلامي.

وجه الدلالة:

أن المختلعات أي اللاتي يبذلن العوض على فراق الزوج بلا عذر شرعي (والمنتزعات) أي الجاذبات أنفسهن من أزواجهن كراهة لهم كما ذكر (هن المناقعات) نفاقاً عملياً أي يظهرن الطاعة ويبطن المعصية، والمراد الزجر والتحويل عليهن حتى لا يفعلن هذا. (١)

وقد حمل الجمهور هذين الحديثين على الكراهة لا الحرمة.

وأما الدليل من المعقول: الخلع بغير سبب إضراراً بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة، فحرم لقوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار" (٢)

الراجح:

بعد عرض أدلة فقهاء المذهبين يظهر عندي أن الراجح المذهب القائل بعدم جواز الخلع إذا كان بلا سبب، وذلك لما فيه من تفريق شمل الأسر، وما ورد فيه من الوعيد، وقبل كل ذلك ظاهر الآية الكريمة الذي لا ينتهض القياس الذي ذكره الجمهور ليخصص هذا الظاهر.

وبناء عليه فما دامت الحال ملتزمة بين الزوجين، فلا يجوز للزوجة طلب الخلع من الزوج، وإذا طلبته فلا يجوز للزوج إجابتها إليه، والله أعلم.

والخلاصة أن الخلع إنما يصح، ويكون مباحاً إن خافت المرأة ألا تقيم حدود الله، وكرهت العشرة مع الزوج لغير ما سبب منه وهذه هي الحالة التي لا خلاف فيها عند أكثر أهل العلم.

أما أن تخالع المرأة بسبب من جهة الزوج، أو بدون سبب فلا شك أن هذا إن كان لظلم الزوج فهو ظلم للزوجة، حيث تظلم بسوء العشرة، ثم تظلم مرة أخرى بدفع المال للتخلص من هذه العشرة السيئة، وأما أن تخالع بلا سبب فهذا ظلم للزوج، وظلم للأسرة، وتفريق للجمع، بنزوة طائشة من امرأة عاطفية توشك أن تعود، ولذا

(١) التيسير بشرح الجامع الصغير، لزين الدين المناوي، ١/ ٣٠٠، ط مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

(٢) سبق تخريجه ص ٢٤.

فالراجح أنه لا يصح، ولا تجاب المرأة إلى هذا الخلع، اللهم في الصورة التي تكون هي متسببة فيها إذا أتت بفاحشة الزنا كما سبق تفصيله، والله أعلى وأعلم.

الفرع الثاني: إجبار الزوج على الخلع.

بعد أن عرفنا الحالات التي يصح فيها الخلع بلا كراهة، والتي يكره فيها، والتي يحرم يجب أن نعلم اتفاق عامة الفقهاء على أن الخلع لا يكون إلا برضا الزوج، ولا يكون جبراً عليه حتى أن الفقهاء في كلامهم في الخلع لم يتكلموا على مسألة جبره هذه في أثناء كلامهم في الخلع، ولم يذكروا البتة أن الخلع يجبر عليه الزوج إن طلبته الزوجة، ومنهم من نص عليه، وهو الإمام ابن حزم في المحلى قال: الخُلْعُ، وَهُوَ: الْاِفْتِدَاءُ إِذَا كَرِهَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، فَخَافَتْ أَنْ لَا تُوفِيَهُ حَقَّهُ، أَوْ خَافَتْ أَنْ يُبْغِضَهَا فَلَا يُوفِيهَا حَقَّهَا، فَلَهَا أَنْ تَفْتَدِيَ مِنْهُ وَيُطَلِّقَهَا، إِنْ رَضِيَ هُوَ، وَإِلَّا لَمْ يُجْبَرْ هُوَ، وَلَا أُجْبِرَتْ هِيَ، إِنَّمَا يَجُوزُ بِنَرَاضِيهِمَا. (١)

فالزوج لا يجبر على الخلع إلا في حالة التحكيم والتي سبقت الإشارة إليها. (٢)

ومما سبق ذكره فإن إجابة الزوجة للخلع يمكن تقسيمها إلى قسمين:

القسم الأول: تكرهه، أو تحرم الإجابة إليه بالنسبة للزوج، وذلك في الحالات التي لا يكون النشوز فيها من قبل المرأة، ولم يقل أحد من الفقهاء بجواز إجبار الزوج على الخلع في هذه الحالة، أما الصحة من عدما فقد سبقت الإشارة إليها.

القسم الثاني: إجابة الزوجة إلى طلبها للخلع في حالة نشوزها، أو كرهها للزوج، أو خوفها ألا تقيم حدود الله، وبعد الرجوع إلى كتب المذاهب لم أر من الفقهاء من تعرض لحكم إجابة الزوجة للخلع في حالة كرهها للزوج إلا السادة الحنابلة حيث صرحوا بأن المذهب استحباب إجابة الزوجة لطلبها في حالة نشوزها، وكرهها لزوجها استدلالاً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث أمر ثابت بقبول الحديقة وتطليقها، وهو أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت أمر إرشاد لا أمر إيجاب؛

(١) أحكام القرآن للجصاص، ١/ ٥٣٣. التاج والإكليل، ٥/ ٢٦٨. الأم، ٥/ ١٢١. المغني، ٧/ ٣٢٣. المحلى،

٥١١/٩.

(٢) انظر صفحة سابقة.

قال المرداوي: وَأَمَّا الزَّوْجُ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ: أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لَهُ الْإِجَابَةُ إِلَيْهِ. وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ. (١)

وذهب الإمام ابن تيمية في قول له إلى وجوب الإجابة عليه، وألزم به بعض حكام الشام المقدسة من الحنابلة. (٢)

وممن قال بالوجوب الإمام الصنعاني حملاً للحديث على ظاهره فقال في سبيل السلام: وَأَمَّا أَمْرُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِتَطْلِيْقِهِ لَهَا فَإِنَّهُ أَمْرٌ إِرْشَادٌ لَا إِجَابٌ كَذَا قِيلَ، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ عَلَى أَصْلِهِ مِنَ الْإِجَابِ، وَيَدُلُّ لَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ (٣) فَإِنَّ الْمُرَادَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ، وَهُنَا قَدْ تَعَذَّرَ الْإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ لِطَلْبِهَا لِلْفِرَاقِ فَيَتَعَيَّنُّ عَلَيْهِ التَّسْرِيْحُ بِإِحْسَانٍ. (٤)

والإمام الشوكاني أوماً إلى هذا، حيث قال: قَوْلُهُ: (اقْبَلِ الْحَدِيْقَةَ) قَالَ فِي الْفَتْحِ: هُوَ أَمْرٌ إِرْشَادٌ وَإِصْلَاحٌ لَا إِجَابٌ. وَلَمْ يَذْكَرْ مَا يَدُلُّ عَلَى صَرْفِ الْأَمْرِ عَنِ حَقِيْقَتِهِ. (٥)
فقوله لم يذكر ما يدل على الصارف اعتراض على صرفه عن الإيجاب إلى النذب.

وذهب الشيخ السيد سابق إلى جواز الإيجاب قضائياً عند عدم التراضي قال في فقه السنة: والخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة، فإذا لم يتم التراضي منهما فللقاضي إلزام الزوج بالخلع؛ لأن ثابتاً وزوجته رفعا أمرهما للنبي صلى الله عليه وسلم، وألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة، ويطلق. (٦)

والراجع والله أعلم:

ما ذهب إليه عامة الفقهاء من كون الخلع لا يكون إلا بالتراضي، ولا يجبر الزوج على الخلع، وأما ما تمسك به الإمام الصنعاني من أن الظاهر من الحديث

(١) الإنصاف، ٨ / ٣٨٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٩.

(٤) سبيل السلام للإمام الصنعاني، ٢ / ٢٤٥، ط دار الحديث.

(٥) نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ٦ / ٢٩٤، ط دار الحديث، الطبعة الأولى. فتح الباري شرح صحيح البخاري، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ١ / ٥٢٢، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٧٩هـ.

(٦) فقه السنة، الشيخ السيد سابق، ٢ / ٢٩٩، ط دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٣٩٧هـ،

١٩٧٧م.

الوجوب للأمر به فلا دلالة فيه والله أعلم، وذلك لأن هناك ما يصرف الأمر عن الوجوب إلى الاستحباب، وهو أن الرسول صلى الله عليه وسلم إنما يأمر الزوج فيما يملكه هو، وهو مختص به وهو فراق الزوجة، وما يملك المرء لا يجوز لأحد أن يتصرف فيه إلا بإذنه، فأمره صلى الله عليه وسلم لثابت إنما هو شفاعة لزوجته في قبول طلبها، ولهذا نظير في السنة وهو ما رواه البخاري ومسلم في صحيحهما عن كعب بن مالك، أنه تقاضى ابن أبي حذرد ديناً كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجد حرجته، فنأدى: «يا كعب» قال: لبيك يا رسول الله، قال: «ضع من دينك هذا» وأومأ إليه: أي الشطر، قال: لقد فعلت يا رسول الله، قال: «قم فأقضه»^(١) فقد اتفق الشراح على أن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لكعب إنما هو من باب الشفاعة لا القضاء،^(٢) مع أن الأمر للوجوب، إلا أنه قد صرف بما ذكرت من كون الدين ملكاً للدائن فلا يتنازل عنه إلا بإذنه، ولا يختلف الحال في حديث الخلع عن هذا الحديث لأن الطلاق حق الزوج الخالص، فلا ينتزع منه إلا بإذنه، ولا يجبر عليه والله أعلم.

وعلى كل فالفقهاء إنما اختلفوا في حكم إجبار الزوج على الخلع قضائياً إذا كان النشوز أو الكره من قبل المرأة أما في غير هذه الحالة فلم يقل أحد بالخلع قضائياً على الزوج، والله أعلى، وأعلم.

المطلب الثالث: التفريق بالخلع في القانون

والموازنة بينه وبين الفقه.

كان الخلع مطبقاً في كثير من الدول العربية حيث تناوله القانون الأردني في المواد ١٠٢ إلى ١١٢ من قانون الأحوال الشخصية الصادر ١٩٧٦م، وهو ما تأخذ به المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية، ولم يكن الخلع موجوداً في قوانين الأحوال الشخصية في مصر إلا في حالة الشقاق، على ما سبق ذكره، حتى صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ فقرر الخلع في مادته العشرين.

(١) رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب التقاضي، رقم ٤٥٧. ورواه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم ٢٠ - (١٥٥٨)

(٢) فتح الباري، ١/ ٥٢٢.

وقد قامت عاصفة من الانتقادات لقانون الخلع حين إصداره، وامتدت بعد إصداره إلى يومنا هذا، وتجددت هذه الانتقادات وتأكدت بعد اهتمام الإدارة السياسية بالنظر في قوانين الأحوال الشخصية لإصلاح ما فيها من خلل، أو رفع ما فيها من خلاف.

ولبيان القانون، وما ورد عليه من ملاحظات، والموازنة بينه وبين ما قرره الفقهاء عقدت هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: التفريق بالخلع في القانون، والانتقادات الموجهة إليه.

الفرع الثاني: الموازنة بين التفريق بالخلع في الفقه الإسلامي، والقانون.

الفرع الأول: الخلع في القانون، والانتقادات الموجهة إليه.

نصت المادة العشرين من قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ م على أن " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذي دفعه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، ونديها لحكمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٨، والفقرتين الأولى، والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو أى حق من حقوقهم.

ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن.

ويكون الحكم - في جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن"

ومن الممكن من خلال النص السابق توضيح الآتي:

(أ) الخلع يصح إن وقعه بالتراضي بين الزوجين، أيًا كانت الأسباب، حيث لم ينص القانون في حالة التراضي على اشتراط أن يكون سببه من قبل الزوجة.

(ب) إن لم يحصل التراضي على الخلع، ورفعت الزوجة قضية بطالته فقبل المضي قدما في حكم الخلع، يجب اللجوء لمكتب تسوية المنازعات، وهو إجراء ضروري حتى تقبل الدعوى. والهدف منه التوفيق بين الزوجين قبل السير في الدعوى، فإذا لم تسفر جهود مكتب تسوية المنازعات الاسرية عن التوفيق فيما بين الزوجين، وأصر الطرفان أو طالب التسوية على تكملة الدعوى، حرر المكتب محضر بذلك ثم يقوم صاحب المصلحة برفع الدعوى امام المحكمة المختصة.

فبالإضافة إلى ما قرره الفقرة ٢، من المادة ٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي نصت على وجوب محاولة الإصلاح بين الزوجين، فالمادة ١٨ فقرة ٢ من نفس القانون أساس قانوني لإلزام المحكمة بعرض الصلح على الزوجين قبل الحكم في دعوى الخلع والتي نصت على أنه "وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما، ولا تزيد على ستين يوماً "

(ج) إن فشلت مساعي الصلح من مكتب تسوية المنازعات لجأت المحكمة إلى الحكيمين على ما قرره المادة ١٩ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي نصت على أنه "في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون نذب حكيمين يجب علي المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الامكان - في الجلسة التالية علي الأكثر - فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه.

وعلي الحكيمين المثل أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما؛ ليقررا ما خلاصا اليه معا، فإن اختلف، أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما ،أو اقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان، أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقي من أوراق الدعوى"

(د) تسقط الحقوق المالية للزوجة مثل نفقة العدة، والمتعة، ومؤخر الصداق، وتقوم برد مقدم الصداق للزوج مقابل مخالعتها، ولا يؤثر الخلع بأى شكل على حقوق

الأطفال من حيث النفقة بأنواعها أو حقهم فى المسكن، وكذلك لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو أى حق من حقوقهم .

(هـ) تحكم المحكمة بالتطبيق للخلع سواء رضى الزوج ذلك أم أبى؛ أى لا يؤثر رضاؤه أو عدمه على الدعوى.

(و) الحكم فى الخلع حكم وجوبى ليس للقاضى سلطة تقديرية فيه بالقبول أو الرفض كما فى دعوى التطلق للضرر، ولا استئناف فيه، ولا يشترط فيه إثبات الضرر فقد قررت محكمة النقض أنه "لا التزام على المحكمة أن تحيل دعوى التطلق خلعاً للتحقيق ليثبت الزوج المدعى عليه أنه لم يضر بالزوجة المدعية ثمة ضرر، وأنه لا موجب للحكم بالخلع لانقضاء الإضرار بها، ذلك أن مناط الحكم بالخلع تطبيقاً ليس الضرر على النحو الوارد بدعاوى التطلق للضرر، ولكن بغض الزوجة لحياتها مع زوجها، واستحالة العشرة بسبب هذا البغض"^(١)

"والثابت أن لدعوى التطلق خلعاً ما يميزها عن سائر دعاوى التطلق الأخرى، فلم يشترط الشارع أن يلحق بالزوجة فى دعوى التطلق للخلع ضرر، على المعنى المحدد بدعاوى التطلق للضرر، وبذا فإن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالضرر الذى لحق بالمدعية يصير دفعا ظاهر البطلان"^(٢)

(ز) لا يشترط للخلع أسباب أو شروط معينة كما فى التطلق للضرر، الذى يشترط أن تثبت الزوجة الضرر الواقع عليها إنما يكفى أن تذكر الزوجة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وتخشى ألا تقيم حدود الله دون التطرق للأسباب؛ فيكفى أنها تبغض الحياة حتى ولو لم يكن هناك ضرر فهذا كافى.

(ح) لا يجوز الطعن على الحكم الصادر فى دعوى الخلع فحكم التطلق هنا بات وغير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن.

(ط) لا يشمل الخلع قائمة المنقولات لأنها بحسب الاصل تعتبر ملكاً للزوجة، فهو يقتصر فقط على التنازل عن الحقوق المالية الأخرى من نفقة ومؤخر صداق.^(٣)

(١) الدعوى ٤٩٢ لسنة ٢٠٠١ كلى قلوب جلسة ٢٠٠١/١٢/٢.

(٢) الدعوى ١١٩١ لسنة ٢٠٠١ كلى جنوب الجيزة جلسة ٢٠٠٣/٤/٢٤.

(٣) مقال بعنوان: الخلع وأثره على حقوق الزوجة والأطفال، مجلة الجمعة ٢٣/ ٤/ ٢٠١٢.

(ي) لا يشمل الخلع ما تنازل عنه الزوج لزوجته بسبب الزوجية؛ كما لو كتب لها عقارا، أو منقولا دون مقابل نظرا للرابطة بينهما.

ومن خلال ما سبق عرضه فيما يتعلق بقانون الخلع وما يترتب عليه من أحكام نستطيع أولا: إيضاح الفرق بينه وبين التطليق لضرر سوء العشرة، وثانيا: عرض الاعتراضات على هذا القانون، وما تترتب عليه من أحكام.

الفرق بين التفريق في قانون الخلع، والتطليق في الشقاق بين الزوجين:

يفارق الخلع الطلاق للشقاق، أو الضرر في عدم وجود طعن فيه، وإصدار الحكم على درجة واحدة دون استئناف؛ ففضايا الخلع تستغرق من ٤ إلى ٨ أشهر، وهذا هو الفرق بين الخلع والطلاق، ففضايا الأخير تزيد مدة نظرها على عامين، كما أن الخلع ليس له أسباب؛ فلا تقدم السيدة أسباباً لطلبها، ولا يطلب القاضي معرفة أسباب إقامة الدعوى، وما تقوله فقط أنها تبغض الحياة معه، ويستحيل دوام العشرة مع هذا البغض.^(١)

الاعتراضات على قانون الخلع:

لم يسلم قانون الخلع منذ إصداره وحتى يومنا هذا من الاعتراضات عليه، والمطالبات بإلغائه أو تعديله، وشارك في هذه الاعتراضات كل الطرفين؛ من المتخصصين في الفقه الإسلامي، أو القانون، ومن الاعتراضات ما جاء عاما، ومنها ما جاء مسببا، ومن الاعتراضات العامة ما صرح به فضيلة الدكتور: شوقي علام (مفتي الديار المصرية) بأنه يجب إعادة النظر في قانون الخلع نظرا لدوره في (استسهال) حالات الطلاق لدى النساء، وقد ارتفعت في الخمسين سنة الماضية من ٦ بالمئة إلى ٤٠ بالمئة، وكان ذلك بإزاء رغبة سياسية للحد من ظاهرة انتشار الطلاق بصورة غير مسبوقة، سواء من جانب الرجل أو المرأة.^(٢)

وتمثلت هذه الاعتراضات في الآتي:

أولا: عدم الحاجة إلى هذا القانون بعد إنشاء محكمة الأسرة:

وذلك لأن طول فترة التقاضي في قضايا الأحوال الشخصية صار غير واقع بعد إصدار قانون إنشاء محكمة الأسرة، وتحديد اختصاصاتها يقول المستشار عبدالله

(١) مقال بعنوان: حرب السلفيين لإلغاء الخلع، الوفد ٢٣/ ٣/ ٢٠١٢.

(٢) جريدة العرب، عدد ٢٠/ ٢/ ٢٠١٧م.

الباجا رئيس محكمة استئناف الأسرة بشبين الكوم وأحد المطالبين بإلغاء الخلع "بأن سبب إقرار الخلع طول المدة التي تنتظر فيها المحكمة قضية الطلاق العادية والتي كانت تصل الى ٨ سنوات، لأن حكم التطليق لا يكون نافذا إلا بعد الاستئناف والنقض، وهذا كان فيه شيء من الإرهاق والتعذيب غير المبرر للمرأة. وفي عام ٢٠٠٤ صدر القانون رقم ١٠ الخاص بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة ونص في مادته الرابعة عشرة على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض" وهذا حل مشكلة الكثير من الزوجات؛ لأن المشكلة الأساسية قبل صدور الخلع أو تعديل قانون الاحوال الشخصية تمثلت في كون حكم الطلاق على درجتين مما يستغرق الكثير من الوقت للفصل في قضايا الطلاق، ولكن بعد تعديل القانون أصبحت القضايا لا تستغرق أكثر من عامين.

وأكد أن الطلاق بعد عام ٢٠٠٠ زاد بنسبة ٨٠%، مرجعا ذلك الى إقرار الخلع، قائلا: من عيوب الخلع زيادة نسبة الطلاق، والتفكك الأسري، واستعمال الزوجة للقانون بشكل خاطئ لتصل حالات الطلاق الى حالة كل ٦ دقائق. وأوضح المستشار الباجا أن التطليق القضائي للضرر كاف دون اللجوء للخلع.^(١)

ثانيا: إجبار الزوج على الخلع والمهر (عدم قبول حكم الخلع للاستئناف):

دفع المعارضون بأنه طبقا للقانون لا بد أن يقبل الزوج المهر الذي دفعه لزوجته قبل إيقاع الطلاق، كما أنه يجبر على الخلع، والحق أنه لا يجوز إجبار الزوج على الخلع، كما لا يجوز إجبار الزوج على التطليق إلا لمبرر، وهذا لا يتوفر في الخلع.

وهذا عيب يجب تلافيه، فالقضاة بشر وقد يقع خطأ من القاضي الحاكم كأن تقوم بعض الزوجات برفع دعوى خلع أثناء سفر زوجها ويحكم لها بالخلع دون أن يعلم. فلا بد من درجة تقاضي أعلى لتلافي هذه السلبيات.^(٢)

(١) مقال بعنوان: حرب السلفيين لإلغاء الخلع، الوفد ٢٣/ ٣/ ٢٠١٢.

(٢) مقال بعنوان: أحكام الخلع في مصر باطلة، تحذير للتلاعب بالشرعية الخاصة للمسلمين، أد: محمد سعد عبد اللطيف، منشور بموقع أخبار السعيدة، ١٤/ ٨/ ٢٠١٠.

وما هو أنكى شأناً أن الخلع من الممكن أن يصدر بغيبية الزوج بل إن الزوجات قد تتحايل على هذا في ظاهرة جديدة انتشرت بعد أن قامت نساء بالتحايل على القانون لتحصل على الخلع سريعاً عبر إعلام الزوج على عنوان خاطئ غير موطنه الأصلي لكي لا تصل له الإعلانات عبر البريد أو المحضر لتلك الدعاوى^(١)

وقد عارض هذا الأمر من المعاصرين الأستاذ الدكتور: عبد الصبور شاهين، منكرًا أن يكون الخلع بغير رضا الزوج، وفي غيبته،^(٢) واعتراضوا أيضاً بأن الخلع يخالف ما هو مقرر دستورياً من أن الحكم يمكن استئنافه فإن الحكم يكون باتاً، ولا يمكن للزوج أن يتدارك ما فاتته بالاستئناف.

ثالثاً: الحكم بالخلع أياً كانت الأسباب:

يعيب قانون الخلع القائم استسهال السيدات في استخدامه كسلاح ضد الرجل، بالانفصال عنه لأسباب بعضها غريب، حيث إن محاكم الأسرة تعج بقضايا من هذا النوع، مثل رفض الزوجة التضيق على حرية ارتدائها ملابس مواكبة للموضة لذلك تريد تطليقه، أو أخرى تطالب بالانفصال لأن زوجها يفضل والدته عليها، وثالثة لجأت إلى خلعه بسبب التدخين.^(٣)

والناظر فيما تتداوله وسائل الإعلام يومياً من قضايا مرفوعة للخلع يرى أن الأمر بات هزلاً لا جداء، فالنساء يرفعن قضايا الخلع لأتفه الأسباب، والمرير في الأمر أن القاضي ملزم بإجابة طلبها لا بحث هذه الأسباب لاسيما إذا أصرت، ولم تغلح معها محاولات الصلح.

رابعاً: عدم المصدقية في بدل الخلع:

ويظهر ذلك في أن القاضي يلتزم من حيث مقدم الصداق، ومؤخره بالمتبوت في الوثيقة الرسمية، والذي يكون في الغالب أقل من الواقع من أجل التهرب من الرسوم العالية إذا أثبت الرقم الحقيقي، يقول المستشار رشاد عبده الطماوي المحامي: هناك إشكالية لم يحسمها قانون الأحوال الشخصية الجديد، وهي تمثل عقبة أمام القاضي الذي يبيت في قضايا الخلع، فهل الثابت بوثيقة الزواج صورياً هو المهر، أم مقدم الصداق الذي قبضته الزوجة؟! هذه القضية هي الأكثر جدلاً فكثير من الأزواج

(١) اليوم السابع، عدد الأربعاء ٢٠ أغسطس ٢٠١٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) جريدة العرب، عدد ٢٠ / ٢ / ٢٠١٧م.

يدعي أنه دفع لزوجته مبلغاً كبيراً من المال، وهنا تحيل المحكمة الدعوى للتحقيق وتستند فيها لأقوال الشهود الذين يقرون بأن الزوج دفع أمامهم مبلغ كذا، وأن العرض الذي عرضته الزوجة صوري وغير مجز وترفض دعوى الخلع.

ويضيف: في بعض الدوائر القضائية يتم الحكم بما هو ثابت في العقد وتعطي الزوج الفرصة أن يطالب بما يدعيه بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة وهذا فيه ظلم للزوج، فهل من العدل أن يحكم للزوجة بالخلع على مبلغ صوري سواء كان جنيهاً واحداً، أو أقل من جنيه ثم يثبت الزوج حقه بعد وقوع الخلع.^(١)

وهناك مشكلة أخرى عاصرتها بعد إصدار هذا القانون، ولم تعالج فيه أيضاً، وهي أن الزوج في كثير من الأحيان يلجأ إلى كتابة بعض ممتلكاته للزوجة، من باب ما بينهما من تراحم، أو لأسباب أخرى صحت أم أخطأت فتأتي المشكلة في أن الزوج يفاجأ بعد ذلك بالزوجة تخلعه، ويأخذ دريهمات التي أثبتت في وثيقة الزواج، وتأخذ هي شقته، وماله، وثمار جهده، التي فارق من أجلها البلاد، وغاب من أجلها عن الزوجة، والأولاد.

والقانون لا يكفل للزوج حق استرجاع هذه الأموال إن خلعت الزوجة، لأن القانون إنما كفل له الحصول على ما أثبت في وثيقة الزواج من صداق مقدم، والبراءة من الحقوق المتوقفة على الفراق من صداق مؤخر، ونفقة عدة، ومتعة، أما غير ذلك فلا، حتى قائمة المنقولات الزوجية، والتي هي في عصرنا الحاضر في مصر هي الصداق الحقيقي؛ لأنها تشتمل على ما أتى به الزوج من ذهب (شبكة) وتجهيزات بيت الزوجية، ويكون معظمها في الغالب من كده، هذه القائمة لا تدخل تحت ما يرد له في الخلع؛ لأنها صارت ملكاً للزوجة، وليست من قبيل الصداق!

هذا مجمل ما وفقني الله إلى الوصول إليه من اعتراضات على قانون الخلع، والتي تتلخص في عدم الحاجة إليه؛ لأن هناك في القانون ما يغني عنه، وفي كونه إجبارياً على الزوج، مهما كانت أسباب الزوجة، ومع هذا غير قابل للطعن عليه، وانتهاء بكون البديل في الخلع لا يطابق الواقع، ولا يرد الحق إلى مستحقة، والله أعلى وأعلم.

الفرع الثاني: الموازنة بين التفريق بالخلع في الفقه الإسلامي، والقانون.

(١) مقال بعنوان: أحكام الخلع في مصر باطلة، تحذير للتلاعب بالشرعية الخاصة للمسلمين، أد: محمد سعد عبد اللطيف، منشور بموقع أخبار السعيدة، ١٤ / ٨ / ٢٠١٠.

بعد عرض التفريق بالخلع في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المصري من الممكن أن أعرض الموازنة الآتية:

(١) أثبت القانون الخلع كسبب من أسباب الفرقة بين الزوجين، إن تراضيا عليه، وهو ما يوافق الشريعة الإسلامية في تشريع الخلع.

(٢) في حالة التراضي لم يبين القانون الأسباب التي يصح فيها الخلع مع التراضي، وبناء عليه فالخلع بالتراضي يصح أيا كانت الأسباب، وهو في هذا يوافق الفقه الحنفي.

(٣) إن لم يقع الخلع بالتراضي، اختار واضعوا القانون أن يكون الخلع جبريا على الزوج، وهو هنا يوافق ما قاله بعض الفقهاء على ما سبق ذكره، إلا أن القانون خالفهم في جعل الخلع جبريا مهما كانت الأسباب، بينما قرر من قال بذلك من الفقهاء أنه إنما يكون جبريا، إذا كان النشوز، أو البغض، أو الخوف من عدم إقامة حدود الله من الزوجة، لا أن يكون ذلك لأي سبب كان، وعامة العلماء على أنه لا يكون إلا بالتراضي، وهو الحق الذي لا أجد له مخالفا، فإن اختار واضع القانون مخالفة ما قال به عامة العلماء إلى ما قاله بعضهم وجب عليه موافقة من اختار رأيهم إلا أن هذا لم يحدث.

وهذا لا شك أنه يبطل مقصود الشريعة من تشريع الخلع؛ لأن الشريعة إنما شرعته لرفع الإصر عن الزوجة إن أبغضت زوجها بالتراضي معه، أما جعله جبريا على الزوج، فإنه قد يتمخض عنه ظلم الزوجة أحيانا، وظلم الزوج أحيانا أخرى. أما ظلم الزوجة فيكون في تلك الحال التي يسيء الزوج فيه العشرة للزوجة، ويظلمها، ويهضم حقوقها، ففي رفع الزوجة للخلع في هذه الحالة، وإجابة المحكمة إليها ظلم لها؛ لأنها تجمع عليها ظلمين؛ ظلم إساءة العشرة، وظلم حرمانها من حقوقها السابقة، واللاحقة، فينبغي في هذه الحالة أن تقوم المحكمة بتحويل القضية إلى قضية طلاق للضرر، أو طلاق للشقاق لتتمخض القضية إما عن نجاح الحكيم في رد الحق إلى مستحقه وبقاء الزوجية، أو رد الحق إلى مستحقه والتفريق بينهما.

أما ظلم الزوج؛ فإن جعل الخلع جبريا، وتسهيل الأمر على الزوجة، وجعله غير قابل للنقض، مما يجعلها تحصل على الحكم فيما لا يزيد على ستة أشهر، بل والتحايل لتخلع الزوج غايبا، جعل الطلاق بيد المرأة بكل ما تحمله الكلمة من معنى حتى أنها تفعله غايبا، وهو مناقض تماما لما قرره الشرع من جعل الطلاق بيد الزوج الأضبط عاطفة، والأبصر بعواقب الأمور، ومن يتحمل الغرم الأكبر في الطلاق مما

يجعله لا يتخذ القرار - في الغالب - إلا إذا كان الأمر يستحقه، وكل هذه الأمور غائبة في حق المرأة، فيحصل أن تقوم الزوجة بالخلع لأتفه الأسباب فتفصم عرى الزوجية، وتفرق ما جمعه الله، وهذه ليست دعوى بل أروقة المحاكم، وصفحات الجرائد ملأى بمثل هذه الحوادث.

(٤) مع كون الخلع وجوبيا جعل القانون بدل الخلع وجوبيا أيضا، مقدرًا بما دفعه للزوجة مهرا فيما مضى، والبراءة من تبعات الطلاق فيما يأتي، وفي هذا ظلم للزوج، ومخالفة للفقهاء.

أما ظلم الزوج فيكون في تلك الحالة التي تقوم فيها المرأة بالخلع، وتحصل على كل ما يملكه كما ذكرنا من تلك الأموال والعقارات التي تنازل عنها للزوجية بينهما، كما يكون في تلك الحالة التي يخالف فيها المثبت في العقد، المدفوع في الحقيقة مما يترتب عليه أحيانا ضياع حق الزوج إن رأت المحكمة أن هذا الأمر قضية أخرى تحتاج إلى دعوى مستقلة.

وأما مخالفة الفقه فإن الفقهاء اتفقوا على أن الزوج يأخذ في الفداء، أو الخلع ما أعطاه للمرأة، وأقل مما أعطاه لها، وما أعطاه للمرأة لا يقتصر على الصداق إنما يتجاوزها إلى غيره مما أعطاه لها بغير عوض، والأمر كله مربوط بالتراضي.

واختلفوا في الزائد على ما أعطاه هل يجوز أم لا، والذي عليه أكثر أهل العلم أنه يجوز له أن يأخذ أكثر مما أعطاه إن تراضيا عليه، حتى قال الإمام مالك: وَلَمْ أَرِ أَحَدًا مِمَّنْ يُقْتَدَى بِهِ يَكْرَهُ أَنْ تَقْتَدِيَ الْمَرْأَةُ بِأَكْثَرَ مِنْ صَدَاقِهَا ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١)، وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، ومروي عن جمع من الصحابة منهم أسيدانا عمر، وعثمان، وابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم، وقال الحنابلة بالصحة مع الكراهة، وهو قول القسوري من الحنفية، ونقل ابن حزم في المحلى عن الإمام أبي حنيفة أنه يتصدق بالزيادة.

وقال البعض بعدم الصحة؛ ويروى عن الإمام علي إلا أنه لم يصح عنه، وقال به بعض التابعين منهم عطاء، وطاوس، والزهري،^(٣) وليس الموضوع موضع استقصاء أدلة الفريقين لعدم الحاجة إلى ذلك في هذا الموضوع.

(١) سورة البقرة، جزء من الآية ٢٢٢.

(٢) المدونة، ٢/ ٢٤٥.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي، ط دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ. ٢/ ٢٦٨،

المدونة، ٢/ ٢٤٥. نهاية المحتاج، ٦/ ٣٨٩. المغني، ٧/ ٣٢٥. المحلى، ٩/ ٥١٩.

ما نحن في حاجة إليه أن نثبت أن بدل الخلع، إما أن يكون أقل، أو مثل ما أعطى الزوج، بالإجماع، أو بالزيادة في قول أكثر أهل العلم، ولا تجوز الزيادة عند بعضهم، وكل هذا في حالة التراضي.

فإذا أتينا إلى حالة الخلع بغير التراضي، والتي جعل القانون الحكم فيه جبرياً، ووجوباً وجدناه يقصر الأمر على ما هو مثبت من صفاق، دون ما هو غير مثبت، ولا ما كان من غير المهر ووصل إلى الزوجة بدون عوض بسبب الزوجية، وكل هذا يخالف ما أجمع عليه العلماء على ما سبق في بدل الخلع، لاسيما وأنه ليست للزوج مندوحة في طلب ما دفع.

ومما يزيد الأمر غرابة أن الخلع الجبري في القانون، خالف الخلع الجبري الذي يكون في نهاية المطاف عند الطلاق للشقاق والذي فيه أنه إذا أصرت الزوجة على الفراق فإن المحكمة تحكم بتطبيق الزوجة طليقة بئنة، مع سقوط حقوقها، بل وتدفع تعويضاً إن رأت المحكمة ذلك، وهو ما يجعل للمحكمة القدرة على إعطاء الزوج ما يستحق، حتى إن رأت ألا تريد على ما أعطاهما، وهو ما لا يمكن بمقتضى قانون الخلع.

(٥) في حالة عدم التراضي على الخلع أوجب القانون محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالخلع، بل وإرسال حكيمين، وهو ما لم يذكره أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية؛ نظراً لاختلاف الخلع في الشريعة عن الطلاق للضرر، أو الطلاق للشقاق، وإن كانت محاولة الإصلاح بين الزوجين مما لا تأباه قواعد الشريعة، أو الفقه من حيث ندب القاضي إلى محاولة الإصلاح بين الزوجين، إلا أن مسألة إرسال الحكيمين إنما تكون عند حدوث شقاق لا يعرف فيه المحق من المبطل عند المالكية، أو حتى إن عرف ذلك عند غيرهم، أما في الخلع فالأمر مختلف؛ لأن الأصل فيه أن الزوجة هي الكارهة، وهو كما ذكرت بسبب مخالفة القانون في النظر إلى الخلع عن نظرة الشريعة، حيث نظر إليه كتفريق قضائي جبري، لا عن تراض، وهذا مما تمخض عنه هذا الاختلاف.

ونظراً لما سبق ذكره في هذه الموازنة أرى أن قانون الخلع على ما نصت عليه المادة ٢٠ من قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ خرج عن المقصود الذي أرادته الشريعة من تشريع الخلع، وخالف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في كثير من أحكامه، والله أعلى وأعلم.

خاتمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه، وسلم وبعد.
فبعد أن من الله سبحانه وتعالى علي بالانتهاء من هذا البحث، أبدأ هذه الخاتمة بشكر الله سبحانه وتعالى، وحمده بما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، بما من علي في هذا البحث، وما فتح لي فيه من نظر، وما أكرمني به من خلال النظر في ما تركه سلفنا من العلماء جزاهم الله عنا خير الجزاء.

وبعد حمد الله تعالى، وشكره أعرض في هذه الخاتمة، ما توصلت إليه في هذا البحث من نتائج، وما يمليه علي هذا البحث من توصيات، أسأل الله سبحانه وتعالى أن ينع بها قارئها، وأن ينع بها المسلمين، وأن يجعلها في ميزان قارئها وكاتبها، آمين.
أولاً: نتائج البحث.

(١) بالنسبة للتفريق بسبب سوء العشرة إجمالاً:

ذهب جمهور الفقهاء رضوان الله عليهم أجمعين إلى أن التفريق بين الزوجين بسبب سوء العشرة لا يكون جبرياً، ولا ينفذ قضاء لا على الزوج، ولا الزوجة، فلا يكون إلا بالرضا سواء كان بالتحكيم، أو بالخلع.

وذهب السادة المالكية في المشهور عندهم إلى أن الطلاق يكون جبرياً على الزوج في الطلاق للضرر، إن رفعته الزوجة إلى القضاء، وأثبتت الضرر الواقع عليها.

وذهب السادة المالكية، والحنابلة في الطلاق للشقاق بحكم الحكمين، إلى نفاذ حكم الحكمين على الزوج طلاقاً، أو الزوجة خلعا بما توصلوا إليه، وبما تمخض عنه بحث التحكيم.

وذهب الإمام ابن تيمية في قول، وبعض الحنابلة، والشوكاني، والصنعاني إلى أن الزوجة إذا كرهت الزوج، أو خافت ألا تقيم حدود الله، وطلبت الخلع، فإنه يجب على الزوج إجابتها، ويجبر عليه قضاء.

(٢) ذهب واضعوا القانون المصري إلى الأخذ بمذهب من قال بالتفريق بسبب سوء العشرة، فأثبت الطلاق للضرر إن أثبتته الزوجة، وجعل حكم القاضي ملزماً على المحكوم عليه في حالة الشقاق بعد إرسال الحكمين، سواء كان حكماً على الزوج بالطلاق، أو الزوجة بالخلع، فالحكمان شاهدان عنده بمقتضى ما رأيا، وهو قول في

مذهب المالكية، كما ذهب إلى أن طلب الزوجة الخلع يوجب على الزوج الإجابة ويجبر عليها قضائياً وهو قول بعض الحنابلة وغيرهم على نحو ما سبق.

(٣) مع ما اختاره واضعوا القانون على ما سبق ذكره إلا أن القانون خالف

مذاهب الفقهاء في الآتي:

(أ) جعل القانون زواج الزوج بثانية ضرراً يثبت للزوجة حق رفع قضية

طلاق للضرر مع نص فقهاء المالكية على عدم كونه ضرراً، وحكم محكمة النقض بأن الفقه المالكي هو مستند القانون والقضاء في مسائل الطلاق للضرر.

(ب) نص القانون على أن الحكمين إن لم يعرفا من المسيء من الزوجين في

الشقاق، ولم يختلفا، فإن المحكمة تحكم على الزوج بالطلاق، وهي حالة لم تذكر عند فقهاء المالكية، كما أن فيها حكماً على الزوج بالظن.

(ج) جعل القانون التحكيم في الشقاق عند عدم إثبات الزوجة الضرر، مع أن

التحكيم عند جميع الفقهاء يكون عند حدوث الشقاق بين الزوجين أياً كان سببه، ومصدره.

(د) نحا القانون بالخلع منحي التطلق الجبري القضائي عند عدم التراضي،

وأنه يجبر الزوج على قبوله مهما كانت الأسباب، وبغض النظر عن المسيء من الطرفين، وقد ترتب على ذلك أن قرر القانون أنه بعد محاولة الإصلاح يرسل حكماً

من أهله، وحكما من أهلها، وهذا خاص بالتفريق للشقاق لا الخلع، فالخلع على النحو المقرر قانوناً متداخلاً مع الطلاق للشقاق إلا أنه خالفه في الآتي:

— الحكمان للإصلاح لا الحكم في مصدر الإساءة.

— قرار الزوجة واجب النفاذ، ولا مدخل للقضاء في رده.

— الخلع نافذ مهما كانت الأسباب، وإن كانت الزوجة هي المظلومة، وهي التي

أسيئت عشرتها.

— الحكم بالخلع غير قابل للطعن.

— بدل الخلع محدد برد ما أثبت في الوثيقة من مهر، والبراءة من حقوق

الطلاق دون ما أعطاه الزوج بدون بدل بسبب ما بينهما من الزوجية.

— يمكن للخلع أن يكون غيابياً.

وهذا كله لم يقل به أحد من الفقهاء، وهو نقل للخلع من كونه فداء للمرأة لنفسها إن بغضت زوجها، إلى كونه تطليقا للمرأة لنفسها، فهو طلاق بيد المرأة، مع أن الطلاق في الأصل بيد الرجل.

(٤) من خلال النظر في ما ذكره السادة المالكية من صور، وضوابط للضرر المبيح للتطليق توصل الباحث إلى معيار للضرر يجب وضعه في الحسبان عند الحكم بالطلاق للضرر، أو النظر المحكمين أو المحكمة في الضرر الواقع، وهو: ما يعد ضررا عرفا تتعذر معه العشرة بين الزوجين بسبب تكرره، ولا عذر للزوج في إيقاعه، ولا إذن فيه شرعا.

وهذا المعيار المستقى من المذهب المالكي واجب التطبيق، كما بينت المذكرات الإيضاحية للقانون المصري، وما قررته محكمة النقض المصرية.

ثانيا: التوصيات.

(١) أوصي نفسي والمسلمين بتقوى الله تعالى، كما أوصي من اختارهم الله تعالى للنظر في قوانين الأسرة في مصر أن يتقوا الله سبحانه وتعالى فيما جعله الله بأيديهم، وأن يجعلوا ما يختارونه من أقوال الفقهاء منوطا بما صح دليله أولا، فإن كان الدليل محتملا فيما يصلح به الواقع ثانيا، مما لا يميز الزوجة على الزوج، ولا الزوج على الزوجة، بل يصلح أحوالهما، ويجمعهما قدر الإمكان، ويقيم العدل بينهما.

(٢) بناء على ما سبق فتجب إعادة النظر في الاختيارات الفقهية التي بني عليها ما سبق من القوانين، وهل فعلا هي الأصح دليلا، أو الأولى تطبيقا، فيتم تعديلها، وبناء عليه أوصي بإعادة النظر في الاختيارات الفقهية التي بنيت عليها قضايا التطليق للضرر سوء العشرة على نحو ما بينته في النتائج، وكذا الخلع بالتراضي أيا كانت الأسباب، وكذا الخلع الجبري إن كرهت المرأة الزوج وخافت ألا تقيم حدود الله، وغيرها من القوانين محل النظر كالحضانة، ورؤية الطفل، فإن هذه الاختيارات وإن وافقت بعض أقوال الفقهاء، إلا أن هذه الأقوال مما يضعف دليلها أمام دليل الجمهور، وليست هذه دعوى أن الحق دائما مع الجمهور، بل هي دعوة إلى أن لا يكون الطريق في وضع القوانين هو اختيار الآراء الفقهية التي تتماشى مع هو مطلوب من المجتمع، أو النخبة، بل اختيار ما صح دليله، وقوى مدركه.

(٣) إذا كان التعديل واجبا على ما كان مبنيًا على اختيار فقهي ضعيف، فإنه يكون أكثر وجوبًا على ما كان من القوانين غير مبني على اختيار فقهي أصلا، بل خالف كل ما جاء عن الفقهاء، كالحكم بالخلع جبرا على الزوج مهما كانت الأسباب، وجعل الزواج من ثانية ضررا، والحكم على الزوج بالطلاق إن لم يعرف المسيء من الزوجين، وصحة الوصية لو ارث وإن لم يجر الورثة، وتحديد سن الزواج بسن أعلى من سن البلوغ والصلاحية للنكاح، وإثبات الزواج بأية ورقة دون شهود، أو ولي، وغيرها من المسائل التي لم يقل بها أحد من فقهاء أهل السنة.

(٤) يجب إزالة المادة التي تجعل الزواج من ثانية ضررا تستحق به المرأة الطلاق للضرر، لأنه مخالف للفقهاء، وبمبدأ القانون في جعل تحديد الضرر لنظر القاضي والعرف.

(٥) يقترح الباحث أن يتم تعديل إجراءات الحكم بالشقاق على النحو الآتي:

(أ) إحالة الأمر إلى مكتب تسوية المنازعات.

(ب) إن لم تفلح محاولات الإصلاح، أرسل القاضي الحكمين.

(ج) إن ترتب على الخطوة السابقة حكم من الحكمين، ورضي به المحكوم

عليه زوجا، أو زوجة فيها ونعمت.

أما إن لم يرض به الزوجان، كأن لم ترض الزوجة بالخلع، أو لم يرض الزوج به، أو لم يرض الزوج بالطلاق ففي هذه الحالة يأخذ القاضي على يد المسيء، ويمنعه من الظلم، ويعاقب عليه إن كان مما يقتضي العقاب، فإن كان النشوز من قبل المرأة أمرها بالرد إلى الطاعة، وإن كان من قبل الزوج أمره بإعطاء المرأة حقوقها، وإن كان أحدهما قد ارتكب في حق الآخر ما يقتضي العقاب كالسب والشتم، أو الضرب، أو غيره عزره بما يراه، ولا يجبر الراض للتحكيم على ما لا يرضاه.

(د) إن تكررت الإساءة من نفس الشخص مرة أخرى أرسل القاضي الحكمين

مرة أخرى للإصلاح فإن تم فيها، ونعمت، وإلا كان حكم القاضي على المسيء بما يراه، طلاقا، أو خلعا ويكون نافذا رفعا للضرر عن المضرور.

ويلزم أن تكون الخطوات من أ إلى ج في مدة لا تزيد على ستة أشهر حتى لا

يزيد الضرر، والله أعلى وأعلم.

(٦) يجب تعميم حالات التحكيم بين الزوجين في كل شقاق أيا كان سببه، ومصدره، وألا يختص بالحالة التي لا تتجح فيها الزوجة في إثبات الضرر كما هو مثبت في القانون الحالي.

(٧) قانون الخلع على وضعه الحالي يذهب بمعناه تماما، ويتداخل مع التطليق للشقاق، ويكون ظلما للزوج أحيانا، وللزوجة أخرى، وهو طلاق نافذ بيد المرأة بغير تفويض من الزوج، وبناء عليه أوصي بكونه على نحو ما قال به عامة الفقهاء بالتراضي بين الزوجين في الحالة التي تكون فيه الزوجة هي الكارهة، فإن تبين للمحكمة أن الزوج هو الظالم فتحول القضية إلى التطليق للشقاق بإرسال الحكمين وفيه الكفاية، كما أن إنشاء محكمة الأسرة ذهب بما كان يشتكى منه سابقا من طول فترة التقاضي.

(٨) يجب إعادة النظر في تشكيل مكاتب تسوية المنازعات، والخبراء بمحكمة الأسرة، بما يوجب وجود متخصص في الشريعة الإسلامية ضمن الخبراء، وضمن أعضاء مكاتب تسوية المنازعات بمحاكم الأسرة.

وفي نهاية هذا البحث فإني أحمد الله سبحانه وتعالى على منّهِ علي آخرا، كما حمدته عليه أولا، وأسأل الله أن يتقبل مني هذا العمل، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم، إنه بكل جميل كفيل، وهو حسبي ونعم الوكيل، وأسأله سبحانه أن ينفع بهذا البحث المسلمين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

مراجع البحث:

(كل فرع مرتب هجائياً)

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب التفسير وآيات الأحكام:

(١) أحكام القرآن، الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله الشهير بابن العربي، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

(٢) أحكام القرآن، للإمام أبي بكر بن علي الرازي الجصاص، ط دار الفكر، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٣ م.

(٣) الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، ط دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.

(٤) مدارك التنزيل، وحقائق التأويل (تفسير النسفي) لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، ط دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ، ١٩٩٨ م.

ثالثاً: كتب السنة والآثار وشروحها:

(٥) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، ط المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م

(٦) التيسير بشرح الجامع الصغير، الشيخ زين الدين محمد المناوي القاهري، ط: مكتبة الإمام الشافعي - الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

(٧) الجامع الصحيح المسند المختصر من أمور الرسول صلى الله عليه، وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري) للإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، ط دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.

(٨) الجامع الكبير، سنن الترمذي، الإمام محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، أبو عيسى، ط دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨ م.

(٩) خلاصة البدر المنير، الإمام سراج الدين بن الملتن، ط مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٠ هـ، ١٩٨٩ م.

(١٠) سبل السلام شرح بلوغ المرام، الشيخ محمد بن إسماعيل الصنعاني، أبو إبراهيم، ط دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ.

- (١١) سنن ابن ماجه، للإمام ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، ط دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
- (١٢) سنن أبي داود، بتحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره، ط دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م.
- (١٣) سنن الإمام النسائي الكبرى، كتاب المزارعة، باب الشقاق بين الزوجين، ط مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠١ م.
- (١٤) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، ط مجلس دائرة المعارف، حيدر أباد، ١٣٤٤ هـ.
- (١٥) صحيح الجامع الصغير وزياداته، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، ط: المكتب الإسلامي.
- (١٦) فتح الباري شرح صحيح البخاري، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٧٩ هـ.
- (١٧) المستدرک على الصحيحين، الإمام: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله، ط دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ هـ.
- (١٨) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، للإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، ط دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- (١٩) مصنف الإمام عبد الرزاق الصنعاني، ط المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ.
- (٢٠) نيل الأوطار، الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ط دار الحديث، الطبعة الأولى.
- رابعا: كتب الفقه الإسلامي:
- (٢١) الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ط دار المعرفة.
- (٢٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زكريا بن محمد الأنصاري، ط دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وتاريخ.
- (٢٣) الإشراف على مذاهب العلماء للإمام أبي بكر بن المنذر، ط مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ، ٢٠٠٤ م.

- (٢٤) الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، ط دار الفكر، بيروت، ١٤١٠، ١٩٩٠م.
- (٢٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلي المرادوي، ط دار إحياء التراث العربي-الطبعة الثانية-د.ت.
- (٢٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ط دار الحديث - القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- (٢٧) بدائع الصنائع، للإمام الكاساني الحنفي، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦م.
- (٢٨) بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصادوي على الشرح الصغير) لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، ط دار المعارف بدون طبعة وتاريخ.
- (٢٩) البناية شرح الهداية، للإمام بدر الدين العيني، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠م.
- (٣٠) البهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، ط دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- (٣١) البيان في مذهب الإمام الشافعي، الإمام أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، ط دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م.
- (٣٢) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- (٣٣) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري (المواق)، دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى-١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
- (٣٤) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
- (٣٥) التبصرة، للإمام علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي، ط وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م.
- (٣٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي، ط دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.

- (٣٧) تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرى الهروي، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- (٣٨) الجامع لمسائل المدونة، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، ط معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعتها)، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- (٣٩) حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان بن منصور العجيلي (الجمل) ط دار الفكر بدون طبعة وتاريخ.
- (٤٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ط دار الفكر، بدون طبعة، وتاريخ.
- (٤١) الحاوي الكبير، للإمام أبي الحسن الماوردي، ط دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
- (٤٢) روضة الطالبين، وعمدة المفتين للإمام يحيى بن شرف النووي، ط المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ، ١٩٩١م.
- (٤٣) شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، للشيخ قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧م.
- (٤٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل، للشيخ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠٢م.
- (٤٥) شرح مختصر خليل للخرشي، للشيخ محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ط دار الفكر، بدون طبعة، وتاريخ.
- (٤٦) شفاء الغليل في حل مقفل خليل، الشيخ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي، ط مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨م.
- (٤٧) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، الإمام عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني، ط دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧م.

- (٤٨) العناية شرح الهداية، للإمام محمد بن محمد البابر، ط دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ.
- (٤٩) فتح القدير، للشيخ الكمال بن الهمام الحنفي، ط دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ.
- الفروع، للإمام ابن مفلح الحنبلي، ط مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.
- (٥٠) كشاف القناع عن متن الإقناع، الشيخ منصور بن يونس البهوتي، ط دار الكتب العلمية.
- (٥١) المحلى بالآثار، للإمام أبي محمد بن حزم، ط دار الفكر بيروت، بدون طبعة، وتاريخ.
- (٥٢) المدونة، للإمام مالك بن أنس، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م.
- (٥٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني وألفاظ المنهاج، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م.
- (٥٤) المغني، للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ط مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م.
- (٥٥) المقدمات الممهדות، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الجد، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م.
- (٥٦) المنتقى شرح الموطأ للإمام الباجي، ط دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية بدون تاريخ.
- (٥٧) منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن عليش، ط دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩ هـ، ١٩٨٩ م.
- خامسا: كتب اللغة والمعاجم:**
- (٥٨) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور، ط دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤ هـ.
- (٥٩) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط دار الدعوة.
- (٦٠) معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلنجي، ٢٨٣، د دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
- سادسا: كتب فقهية معاصرة:**
- (٦١) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د عبد الوهاب خلاف ط مكتبة دار الكتب المصرية، بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٥٧ هـ، ١٩٣٨ م.
- (٦٢) الأحوال الشخصية، د: محمد أبو زهرة، ط دار الفكر العربي ٢٠٠٥.

- (٦٣) البداية في النكاح وإنهائه، د: عاصم أحمد بسيوني حجازي، طبعة خاصة بالمؤلف، بدون طبعة، وتاريخ.
- (٦٤) تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، أد: عبد الناصر توفيق العطار، الطبعة الخامسة، بدون طبعة، وتاريخ نشر.
- (٦٥) فقه السنة، الشيخ سيد سابق، ط دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م.

سابعا: محتويات من على مواقع الإنترنت:

- (٦٦) أحكام الخلع في مصر باطلة، تحذير للتلاعب بالشريعة الخاصة للمسلمين، أد: محمد سعد عبد اللطيف، بموقع أخبار السعيدة، ١٤ / ٨ / ٢٠١٠.
- (٦٧) التطبيق بين الشريعة والقانون، مقال لمحمد إبراهيم أحمد، نشر في جريدة عقيدتي بتاريخ: ٢١ / ٨ / ٢٠١٢.
- (٦٨) حرب السلفيين لإلغاء الخلع، تحقّق بجريدة الوفد ٢٣ / ٣ / ٢٠١٢.
- (٦٩) الخلع وأثره على حقوق الزوجة والأطفال، تحقيق بمجلة الجمعة ٢٣ / ٤ / ٢٠١٢.
- (٧٠) قضايا التطلق (منازعات التطلق والمشكلات العملية فيها) المستشار / محمد إبراهيم عبد الصادق، المحامي العام بناية استئناف الإسماعيلية بحث منشور على شبكة الإنترنت.
- (٧١) موقع الشيخ الدكتور عبد الله بن بية، سؤال له عن الطلاق للضرر عند المالكية.